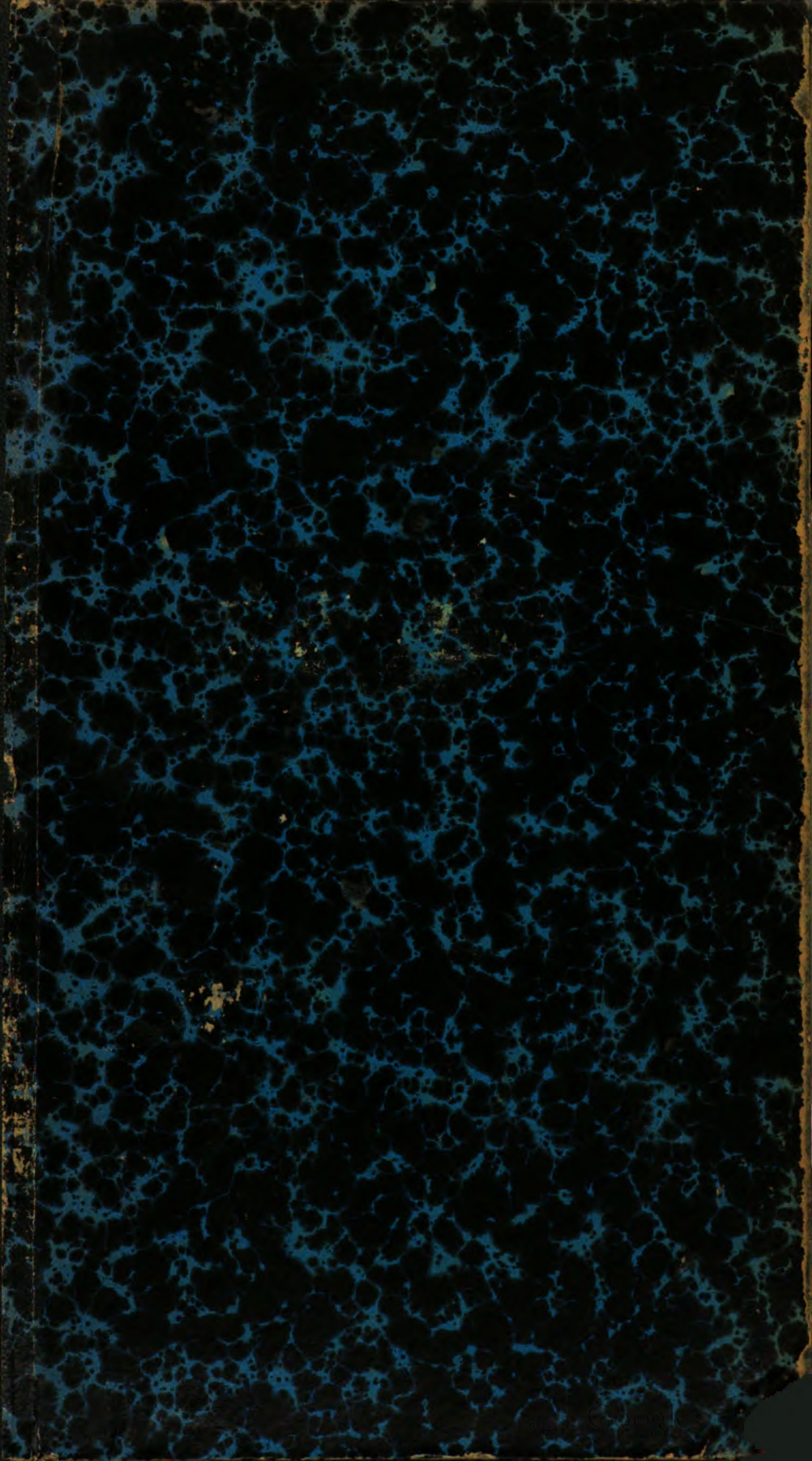


ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

E. I. Bekker, A. Pernice, R. Schröder,
H. Brunner.

ZWÖLFTER BAND

XXV. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTHEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1892.





WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XII. Bandes
Romanistische Abtheilung.

Litteratur:

I.

Nachträge zum Edictum Perpetuum.

Von

Herrn Professor Dr. **O. Lenel**
in Strassburg i. E.

I. Zur formula prohibitoria.

Die Frage, ob es in classischer Zeit neben der formula negatoria mit der intentio „s. p. N° N° ius non esse etc." noch eine formula prohibitoria mit der intentio „s. p. A° A° ius esse prohibendi N^m N^m etc." gegeben habe und welches die Function dieser zweiten Formel gewesen sei, ist seit dem Erscheinen meines Edictum perpetuum von zwei Schriftstellern, Ferrini [1]) und Schott [2]), zum Gegenstand eingehender Erörterungen gemacht worden. Die Einwände, die sie gegen die von mir versuchte Lösung des Räthsels erheben, geben mir Anlass, auf die Frage zurückzukommen.

Sowohl in meinem Edictum perpetuum [3]) wie in einer vor diesem veröffentlichten Abhandlung [4]) war ich zu dem Ergebnisse gelangt, dass das römische Recht niemals eine formula prohibitoria gekannt habe. Den Berichten des Stephanos [5])

[1]) Studi giuridici e storici pubblicati per l' VIII centenario dell' università di Bologna, 1888, p. 83 sqq. — [2]) In der Breslauer Festschrift zu Windscheids Doctorjubiläum. Auch separat unter dem Titel „Das ius prohibendi und die formula prohibitoria" (1884). Ich citire nach dem Separatabdruck. — [3]) § 72 g. E. — [4]) Bd. II dieser Zeitschrift N. F. S. 72 ff. — [5]) suppl. Basil. edid. Zachariae, p. 112.

und einiger späterer Byzantiner[1]), die die Existenz einer solchen Formel ausdrücklich bezeugen, meinte ich den Glauben versagen zu dürfen, weil Stephanos in seinen historischen Angaben nicht immer zuverlässig sei, die Anderen aber ihm nachgeschrieben haben könnten. Die beiden Digestenstellen aber, in denen man Spuren der formula prohibitoria entdeckt haben wollte, — Ulp. 17 ad edict. D. (7, 6) 5 pr. und Marcell. 6 dig. D. (8, 5) 11 — versuchte ich hinwegzuinterpretiren. In der ersten schienen mir die entscheidenden Worte „vel sibi ius esse prohibendi" keinerlei Bezug auf eine besondere formula prohibitoria zu verrathen, ja dem ganzen Zusammenhang nach einen solchen gar nicht haben zu können. In der zweiten Stelle bezweifelte ich zwar nicht, dass das „agere ius sibi prohibendi esse" dort ein anderes Rechtsmittel bedeuten müsse als die gleich darauf ebenfalls erwähnte actio negatoria. Aber auf die Existenz einer besonderen formula prohibitoria glaubte ich gleichwohl daraus nicht schliessen zu dürfen. Es schienen mir andere Wege der Erklärung möglich. In der erwähnten Abhandlung verwies ich auf das Remissionsinterdict, das gegenüber der operis novi nuntiatio stattfindet und in dessen Formel — D. (43, 25) 1 pr. — das entscheidende Gewicht gerade auf das ius prohibendi des Nuntianten gelegt wird; ich fragte, ob nicht Marcellus sehr wohl das an die o. n. n. sich regelmässig anschliessende Sponsionsverfahren auf Grund dieses Interdicts ein „agere ius sibi prohibendi esse" habe nennen können. Im Edictum perpetuum gab ich diese, wie mir vorkam, etwas weit gesuchte und zur Erklärung der byzantinischen Berichte nicht ausreichende Deutung auf und schlug statt dessen vor, die fragliche Wendung einfach auf das Sponsionsverfahren über die Servitut selbst zu beziehen. Nach Gai. 4, 91 müsse für jede in rem actio, also auch für die Klage, womit der Eigenthümer die Anmassung von Servituten abwehrt, neben dem agere per formulam ein agere per sponsionem als möglich angenommen werden; diese sponsio nun sei auf „si mihi ius est prohibendi" abgestellt gewesen, und daraus sei dann die actio prohibitoria der Byzantiner geworden. Fraglich blieb dabei nur, warum

[1]) s. Ed. perpet. S. 149 n. 9.

man hier der sponsio eine andere Fassung gegeben als der Formel; die Erklärung dieser Fassung fand ich darin, dass die formula negatoria aus der doppelseitigen legis actio sacramento in rem abstamme, bei der die entgegengesetzten Parteibehauptungen nothwendig einander correspondirend hätten gestaltet werden müssen; die confessorische Fassung der einen habe hier von selbst zur negatorischen der anderen geführt. Bei dem einseitigen, im Gegensatz zur legis actio sacramento in rem ausgebildeten Sponsionsverfahren dagegen habe man eine andere Fassung wählen können und gewählt.

Wie man sieht, ist die Basis der früheren wie der späteren Hypothese die angebliche Unglaubwürdigkeit des Stephanos, und mit Recht hat daher Ferrini seinen Hauptangriff gerade auf diesen Punkt gerichtet. Dieser Angriff ist, um es gleich zu sagen, gelungen, obgleich Ferrinis Ausführungen keineswegs durchweg einwandfrei sind. Ich hatte den Satz, dass Stephanos unzuverlässig sei, auf dessen Scholion zu D. (6, 2) 11 § 1 gestützt[1]). In dieser Stelle gewährt Ulpian die Publiciana, „si de usu fructu agatur tradito". Theophilos hatte dies auf einen Fall gedeutet, wo der Niessbrauch vom Nichteigenthümer tradirt worden war. Stephanos tritt dem mit der Behauptung gegenüber, der Prätor habe nur dem usus fructus a domino traditus Schutz versprochen: *καίτοι ὁ πραίτωρ τὸν παρὰ δεσπότου τραδιτευθέντα οὐσούφρουκτον φυλάττειν ἐπαγγέλλεται.* Diesen Bericht nun erklärte ich für unzweifelhaft falsch: denn aus Gai. inst. 2, 28 und D. (41, 1) 43 § 1 sei zu ersehen, dass selbst noch zu Gaius' Zeiten der Satz „incorporales res traditionem non recipere" (und zwar auch mit Bezug auf den Niessbrauch) anerkannt gewesen sei; ein prätorisches Edict de usu fructu tradito sei also undenkbar, Stephanos auf frischer That ertappt. Was nun Ferrini hiegegen vorbringt, scheint mir freilich in keiner Weise beweiskräftig[2]). Allein — und insofern hat Ferrini vollkommen Recht — ich war viel zu weit gegangen, wenn ich auf Grund jener einen constatirten Ungenauigkeit das

[1]) Suppl. Basil. ed. Zach. p. 44. — [2]) Eine Widerlegung seiner hieher gehörigen Ausführungen würde mich zu fern vom Gegenstande abführen; ich behalte mir vor, in anderm Zusammenhange darauf zurückzukommen.

Recht zu haben glaubte, nun jedweder historischen Notiz des Stephanos, ohne Rücksicht auf deren Inhalt und Zusammenhang, die Glaubwürdigkeit abzusprechen. Der von Stephanos benutzte Quellenkreis beschränkt sich ohne allen Zweifel nicht auf die Justinianische Compilation und deren Bearbeitungen. Ihm waren, wie Ferrini zeigt, byzantinische Werke der vorjustinianischen Zeit zur Hand, höchst wahrscheinlich Bearbeitungen der Ulpianischen libri ad Sabinum und ad edictum nach Art der Sinaifragmente, Werke, deren Verfassern die classischen Originalschriften vor Augen lagen und denen daher grobe Missverständnisse des classischen Rechts nicht zuzutrauen sind. Gewiss konnte Stephanos seinerseits mitunter diese seine byzantinischen Vorgänger missverstehen, und dies dürfte ihm bei Abfassung des erwähnten Scholion begegnet sein; an eine freie Erfindung der betreffenden Nachricht ist, wie ich gerne zugebe, nicht zu denken. Solche Missverständnisse dürfen wir aber nicht bei jeder uns unbequemen Ueberlieferung des Stephanos ohne weiteres unterstellen, und namentlich haben wir, wie Ferrini an der Hand einer Reihe von Beispielen nachweist, alle Ursache, den Berichten, die uns Stephanos über die Gestalt classischer Formeln giebt, Glauben zu schenken. Wenn er uns nun gar, wie es bei seiner Mittheilung über die formula prohibitoria der Fall ist, den lateinischen Namen und in griechischer Uebersetzung das Hauptstück der Formel wörtlich anführt, so spricht alles dafür, dass er dies Stück bei dem byzantinischen Autor, der ihm als Vorlage diente, und dieser wieder es bei dem classischen Juristen selbst vorgefunden hat; die Annahme eines Missverständnisses wäre hier fast ebenso sehr gegen die Wahrscheinlichkeit, wie die, dass ein Byzantiner sich eine solche Formel selbst combinirt hätte.

Hiemit fallen die Versuche, die ich vordem zur Erklärung des Berichts des Stephanos unternahm, in sich selbst zusammen, und es wäre überflüssige Mühe, zu untersuchen, was sich etwa aus inneren Gründen gegen jene Versuche beibringen liesse. Die formula prohibitoria hat existirt; es geht schlechterdings nicht an, sie hinwegzudeuten. Sofort erhebt sich aber dann wieder die Frage, welcher praktische Zweck diese Nebenform der negatorischen Klage ins Leben gerufen haben mag.

Zachariä[1]) glaubte seiner Zeit einige Fälle selbständiger Anwendung der actio prohibitoria gefunden zu haben. Da er aber diesen auch von Andern[2]) scharf bekämpften Theil seiner Ausführungen inzwischen selbst hat fallen lassen[3]), bedarf es eines näheren Eingehens hierauf nicht mehr.

Karlowa[4]) vermuthet, die formula prohibitoria sei vielleicht vom Prätor ursprünglich zu dem Zwecke aufgestellt, um die Klage aus einer negativen Servitut, z. B. der servitus altius non tollendi, von der gegen die Anmassung der Servitut entgegengesetzten Inhalts, z. B. der servitus altius tollendi, gerichteten negatoria auch äusserlich zu unterscheiden. Dem gegenüber wäre zu bemerken, dass ein praktisches Bedürfniss für eine solche formelle Abgrenzung nicht abzusehen ist, und ohne solches Bedürfniss dürfte der Prätor schwerlich jemals thätig eingegriffen haben. Was soll aber gar den Prätor veranlasst haben, diese an sich schon überflüssige Formel auch noch ausserhalb des von Karlowa bezeichneten Gebiets concurrirend mit der negatoria zu gewähren, z. B. bei Personalservituten, wo sie uns gerade ausdrücklich bezeugt ist?

Umgekehrt will Voigt[5]) die formula prohibitoria auf die Abwehr der Anmassung von Personalservituten beschränken, indem er der negatoria hier bloss restitutorische, der prohibitoria bloss prohibitorische Function zuschreibt. Allein diese ganz willkürliche Aufstellung widerspricht, wie Ferrini[6]) mit Recht bemerkt, sowohl dem Bericht des Stephanos, der die prohibitoria für die *ἀσώματα* überhaupt bezeugt[7]), womit doch nicht bloss die Personalservituten gemeint sein können, wie auch namentlich der Erwähnung der prohibitoria in D. (8, 5) 11.

Eigenthümlich fasst Ferrini selbst[8]) das Problem an. Er meint, die prohibitoria sei die ursprünglich alleinige Form

---

[1]) Zschr. f. gesch. Rechtsw. XII S. 279 f. — [2]) Adolf Schmidt, ebendaselbst XV, S. 166 ff, H. Pernice, comm. iur. Rom. duae p. 170 sqq., Witte, Zschr. f. C. R. und Proz., N. F. XIII, S. 392 f. — [3]) Laut Mittheilung an Ferrini, s. diesen a. a. O. S. 99 n. 5. — [4]) Röm. Civ.-Proc. z. Zt. der Legisact. S. 95. — [5]) Berichte der kgl. sächs. Ges. d. Wiss. histor. phil. Kl. 1874, S. 220 fg. — [6]) A. a. O. S. 100. — [7]) Vgl. auch noch das unten S. 7 n. 1 angeführte Scholion zu Bas. LX, 16, 6. — [8]) A. a. O. S. 97 f.

für die petitorische Formel zur Abwehr von Servitutanmassungen gewesen. Die alte Gegenüberstellung von „ius non esse“ und „ius esse“, wie sie sich in den Legisactionen fand, habe dagegen beim Sponsionsprocess in der Fassung der Sponsionen fortgelebt. Die Entstehung der negatorischen Formel gehöre erst späterer Zeit an [1]) und sei darauf zurückzuführen, dass die Fassung der prohibitorischen Formel deren Anwendung zum Zweck der Beseitigung bereits vollendeter Anlagen ausgeschlossen habe. Ferrini kehrt also einfach die von mir im Edictum perpetuum aufgestellte Hypothese um. Aber ich glaube, die seine ist nicht besser begründet als die meine. Er unterschätzt die Kraft der Selbsterhaltung, die in der einmal festgestellten Fassung einer Formel liegt. Jahrhunderte hindurch war man mit der negatorisch gefassten legis actio trefflich ausgekommen; sie war der Praxis vertraut; die interpretatio knüpfte daran an. Was in aller Welt sollte den Prätor veranlassen, diesen altbewährten Boden aufzugeben und für die petitorische Formel eine andere, die prohibitorische Fassung vorzuziehen? Das von Ferrini hervorgehobene Bedenken — die Fassung der negatoria errege den Schein, freilich nur den Schein, als ob die Klage sich nicht auf eigenes Recht des Klägers, sondern nur auf den Mangel des Rechts beim Beklagten gründe —, dies Bedenken ist für den Prätor sicherlich nicht massgebend gewesen: denn über den wahren Sinn der negatorischen Fassung musste man sich schon in der Legisactionenzeit klar geworden sein, — hatte doch die Klage damals schon die gleiche Bedeutung wie später. Und welche Kurzsichtigkeit wird den Prätoren zugemuthet, die die alte für alle Fälle passende Formulirung verlassen haben sollen, um eine neue für viele unpassende zu wählen und dann doch wieder auf Grund besserer Einsicht zu der früheren Fassung zurückzukehren! Auch kann gar nicht zugegeben werden, dass die formula prohibitoria zur Beseitigung einer bereits hergestellten Anlage nicht habe verwendet werden können; man kann ebensogut die Aufrechthaltung, wie die Herstellung eines Zustandes „prohibiren“; schon Schmidt [2])

[1]) Schott, S. 56 f., hat Ferrinis hieher gehörige Ausführungen anscheinend missverstanden. — [2]) Zschr. f. gesch. Rechtsw. XV, S. 165. Uebereinstimmend G. Segrè im bull. dell' istit. di dir. Rom. II, p. 109.

sagt mit Recht, er sehe nicht ein, was der Fassung im Wege stehen könnte: ius sibi esse prohibere illum ita aedificatum habere[1]).

Wenn Ferrinis Ausführungen in einer gewissen Beziehung zu denen in meinem Edictum perpetuum stehen, nur dass sie die dort vertheidigte Hypothese umkehren, so stellt sich dagegen Schott[2]) im wesentlichen auf den Boden meiner früheren in dieser Zeitschrift aufgestellten Vermuthungen. Er verknüpft die formula prohibitoria mit dem Remissions- und Cautionsverfahren bei der operis novi nuntiatio. Bei der o. n. n. habe das „ius prohibendi" als solches zur Entscheidung gestanden; der Prätor sei daher hier, wahrscheinlich beim Remissions- oder Cautionsformular, veranlasst gewesen, eine Sponsionsformel zu proponiren, etwa des Wortlauts:

> si ius mihi est te prohibere, ne me invito opus novum q. d. a. facias etc.

Aus D. (39, 1) 12 sei nun des weitern zu ersehen, dass nach Ableistung der cautio ex o. n. n. auch per formulam petitoriam processirt werden konnte, und zwar selbstverständlich über dasselbe, worüber man auch per sponsionem processirte: über das ius prohibendi des Nuntianten. Schott vermag nun keinen Grund gegen die Annahme zu entdecken, dass der Prätor im Anschluss an das Sponsionsformular auch eine auf das ius prohibendi als solches abgestellte einheitliche Actionsformel proponirt habe, — dies sei eben die formula prohibi-

---

[1]) Als Beleg für die Möglichkeit dieser Formulirung darf wohl auch das von Zachariä (arch. giurid. XLII, p. 171) neu beigebrachte schol. *τουτέστι* zu Bas. LX, 16, 6 — D. (47, 7) 6 § 2 — herangezogen werden. Hier war im Text gesagt, dass der Nachbar die herübergewachsenen Baumwurzeln nicht eigenmächtig abhauen dürfe, sondern klagen müsse, wie de tigno immisso oder de protecto: *ἀλλὰ κινεῖ ὡς περὶ ξύλου ἐμβληθέντος ἢ ἐκθέτου.* Dazu bemerkt der Scholiast (nach Ferrini l. c. Dorotheos): *τουτέστι, δύναται κινεῖν κατ' ἐκείνου λέγων, μὴ ἐξεῖναί σοι ἔχειν τοῦτο τὸ δένδρον, ὥςπερ εἰ τὸ ξύλον ἢ ἐκθέτην ἐπιτίθησί τις κατὰ ἀλλοτρίου τοίχου ἢ ἀέρος, κινεῖται κατ' αὐτοῦ* prohibitoria *περὶ δουλείας* in rem. Wenn auch in diesem Scholion der Anwendungsfall der prohibitoria mit den Worten „*εἰ .... ἐπιτίθησι* (si .... immittit)" bezeichnet ist, so zeigt doch der commentirte Text wie der ganze Zusammenhang, dass damit die Klage de tigno iam immisso gemeint, jedenfalls auch gemeint sein muss. Hier ist also die prohibitoria de opere iam facto ausdrücklich bezeugt. — [2]) A. a. S. 69 ff.

toria gewesen. Und da diese Formel je nach dem Prohibitionsgrunde ihrem materiellen Gehalte nach bald confessoria bald negatoria sei, so stehe auch der Annahme nichts entgegen, dass sie nicht bloss im Nuntiationsprocess, sondern auch im selbständigen Servitutenprocesse, falls es sich darin um ein ius prohibendi im technischen Sinne (d. h. in dem gleichen Sinn wie bei der o. n. n.) handelte, gebraucht worden sei.

Diesen Schottschen Ausführungen gegenüber erheben sich denn doch sehr schwere Bedenken. Vor allem ganz entscheidend der Bericht des Stephanos, der die formula prohibitoria für alle *ἀσώματα*, d. h. Servituten, nicht bloss für die, bei denen ein technisch sog. ius prohibendi in Frage steht, bezeugt und die formula prohibitoria de usu fructu wörtlich anführt. Hiebei kann aus den bereits angeführten Gründen ein Missverständniss des Stephanos nicht zu Grunde liegen. Auch das von H. Witte [1]) beigebrachte byzantinische Zeugniss bestätigt ausdrücklich die Anwendbarkeit der prohibitoria auf den Niessbrauch. Was sodann das Remissionsverfahren bei der o. n. n. angeht, so wurde in diesem, weil das Remissionsdecret seinem Wesen nach ein prohibitorisches Interdict war, sicherlich mittels einer Sponsion processirt (die aber anders gelautet haben muss, als Schott annimmt); ebenso gewiss aber war hier für eine petitorische formula prohibitoria kein Raum. Endlich vermag ich auch nicht in der cautio ex o. n. n. die Veranlassung zur Proponirung der formula prohibitoria zu erblicken: es bestand auch aus dem Gesichtspunkt dieser Caution nicht das geringste Bedürfniss für die Aufstellung einer neuen Formel. Die o. n. n. charakterisirt sich als eine provisorische Massregel zum Schutze eines schon ohnedies vorhandenen und mit Klage ausgerüsteten Verbietungsrechts; die cautio ex o. n. n., indem sie diese provisorische Massregel unwirksam macht, soll gleichzeitig Sicherheit für die Wirksamkeit des endgiltig festgestellten Verbietungsrechts gewähren. In dieser Sicherheitsvorkehrung liegt aber m. E. schlechterdings nichts, was den Prätor bestimmt haben könnte, an Stelle der auf die einzelnen Verbietungsrechte zugeschnittenen besonderen Klagformulare ein

---

[1]) Zschr. f. C. Rt. u Proc. N. F. XIII, S. 392

allgemeines lediglich auf das ius prohibendi in abstracto abgestelltes zu setzen. Die negatorisch gefasste Specialformel leistete alles das, was die prohibitorisch gefasste allgemeine Formel hätte leisten können.

So sind wir denn, wie es scheint, auch heute nicht weiter gelangt, als wir es schon nach der ersten Abhandlung Zachariäs waren: die Existenz der formula prohibitoria darf als gesichert gelten, der Grund dieser Existenz aber bleibt ebenso dunkel, als er es damals war, und wer, wie Verfasser dieses, bereits zwei, wie er jetzt anerkennen muss, vergebliche Versuche zur Lösung des Räthsels gemacht hat, möchte wohl noch mehr Ursache haben als Andere, sich bei der Kunst des Nichtwissens zu bescheiden. Allein ein Problem, das uns Jahre hindurch beschäftigt hat, lässt sich nicht immer beliebig abschütteln, und so wird es mir, hoffe ich, nachgesehen werden, wenn ich nochmals mit einer Hypothese vor die Oeffentlichkeit trete.

Es ist bekanntlich bestritten, ob die actio negatoria durch jedweden partiellen Eingriff in das Eigenthumsrecht begründet werde oder nur durch ein solches Verhalten, das den Inhalt einer Servitut (nach Andern: eines Rechts überhaupt) zu bilden geeignet ist. Meiner Ueberzeugung nach ist die zweite Ansicht die allein haltbare. Um von anderem zu schweigen, schon die Fassung der Formel scheint mir schlechterdings entscheidend. Eine Klage mit der intentio „s. p. N° N° ius non esse" ist sinnlos, wo an ein Recht des Gegners, so wie geschehen zu verfahren, gar nicht gedacht werden kann. Solchen Falls mag actio iniuriarum, interdictum quod vi aut clam, vielleicht auch actio legis Aquiliae am Platze sein, sicher aber keine actio negatoria. Man wird aber vom Standpunkte des römischen Rechts sogar denen beitreten müssen, die das Gebiet der negatoria noch mehr einschränken: zur Ertheilung dieser Klage kam es im römischen Process nur dann, wenn der Gegner das betreffende Recht auch wirklich vor Gericht für sich in Anspruch nahm. Es ist das leicht einzusehen. Der heutige Kläger kann im voraus nicht mit völliger Sicherheit wissen, wie sich der Beklagte zu seiner Klage stellen wird, namentlich also auch der durch thatsächliche Servitutausübung in seinem Eigenthum Beeinträchtigte nicht,

ob der Beklagte vor Gericht die fragliche Servitut wirklich für sich behaupten wird. Die Folge ist, dass er, um auf jede Eventualität gerüstet zu sein, sofort die negatorische Klage erhebt, d. h. Feststellung der Freiheit seines Eigenthums verlangt. Nicht so der römische Kläger. Ueber die Frage, welche Formel zu erbitten und zu ertheilen sei, entschied erst das Ergebniss des Verfahrens in iure. Nun war in Fällen, wie sie uns hier beschäftigen, ganz nothwendig die erste Frage, die sei es der Kläger sei es der Prätor an den in ius vocirten Gegner that, die, ob dieser ein Recht zu dem Verhalten beanspruche, das die in ius vocatio veranlasst hatte. Schwieg er auf diese Frage, so fehlte es am uti oportet se defendere, uud es kam jetzt zur Ertheilung nicht der negatoria, sondern eines dem Interdict Quem fundum entsprechenden Interdicts [1]). Verneinte er die Frage, so war ebenfalls keine Veranlassung, die negatoria zu erbitten oder zu ertheilen: wozu eine Klage ius tibi non esse, wo der Gegner nicht behauptet ius sibi esse? Nur eine actio iniuriarum oder ein interdictum quod vi aut clam oder eine ähnliche Klage konnte hier angezeigt erscheinen. Als einziger Fall der negatoria bleibt also der übrig, wo der Gegner ein Recht des ihm bestrittenen Inhalts in Anspruch nimmt. Ein Recht: und zwar ist hier, wenn nicht einzig, jedenfalls in erster Linie an eine Servitut zu denken. Nun kennt aber — und dies ist der entscheidende Punkt — das classische Recht zwei Arten von Servituten, wie ja auch zwei Arten des Eigenthums: civile Servituten und solche, die nur tuitione praetoris bestehen. Sofort leuchtet ein, dass die negatoria nur gegenüber der Anmassung einer civilen Servitut die geeignete Klage war. Die prätorische Servitut war ja kein „ius“ in technischem Sinne, daher gegenüber dem Gegner, der z. B. einen Niessbrauchsanspruch auf pacta et stipulationes stützte, ein „s. p. N° N° ius non esse uti frui etc.“ völlig sinnlos: diese intentio hätte jenem ein Recht bestritten, das er gar nicht für sich behauptete. Für die Abwehr einer auf prätorisches Recht gestützten Servitutanmassung bedurfte es also einer besonderen Formel, und meine Vermuthung ist einfach die, dass diese Formel eben die prohibitoria gewesen ist.

---

[1]) S. mein Ed. perp. § 248². 255.

Wenn der civile Eigenthümer die Anmassung prätorischer Servitut abwehrt, kann seine Klage selbstverständlich nur eine civile sein — was er geltend macht, ist ja doch nur sein civiles Eigenthum —, und ich meine, die Fassung „s. p. A° A° ius esse prohibendi N^m^ N^m^ etc." ergab sich hier von selbst. Die Servitutbehauptung selbst aber trat dieser Klage gegenüber als exceptio hervor, ganz wie die Behauptung prätorischen Eigenthums der rei vindicatio gegenüber (nebenbei ein für die Frage der Beweisvertheilung bei der negatoria vielleicht nicht uninteressantes Resultat). Auf den bonitarischen Eigenthümer sodann wurde, wie schon Zachariä[1]) bemerkt hat, die prohibitorische Formel mittels publicianischer Fiction übertragen.

Die Hypothese, die ich hier aufstelle, verträgt sich aufs beste mit den byzantinischen Zeugnissen. Zwar wird uns hier nirgends gesagt, dass die prohibitoria in dem soeben erwähnten Fall Anwendung finde, überhaupt nicht, dass sie ein anderes Anwendungsgebiet habe als die negatoria. Allein da das Justinianische Recht die prätorischen Erwerbsformen mit civiler Wirksamkeit ausgestattet hatte, bestand für die Byzantiner zu einer derartigen rein historischen Mittheilung keinerlei Veranlassung. Die prohibitoria in unserem Sinne deckt ferner eine offenbare Lücke des Klagensystems, die wir, auch wenn die Byzantiner uns von der prohibitoria nichts erzählten, auf irgend eine Weise auszufüllen suchen müssten. Unsere Hypothese erklärt weiter aufs beste, was mir früher unerklärlich schien[2]): wie es nämlich kommt, dass die Digesten und zumal die Fragmente der Edictcommentare die prohibitoria nirgends ausdrücklich erwähnen, während die Byzantiner die Klage nennen und als noch praktisch behandeln. Ich meinte, wenn es im classischen Recht eine von Justinian nicht abgeschaffte formula prohibitoria gegeben hätte, so müsste diese in den Digesten deutlichere Spuren hinterlassen haben. Allein die Sache liegt sehr einfach. Wenn unsere Hypothese richtig ist, so wird in der Regel da, wo die classischen Juristen der prohibitoria Erwähnung thaten, dies unter Hervorhebung des Umstands geschehen sein, dass es sich hier um die Abwehr

---

[1]) A. a. O. S. 287 f. — [2]) S. diese Zschr. II S. 78 f., ed. perp. S. 149 f.



der Anmassung einer bloss prätorischen Servitut handele. Nun unterscheidet das Justinianische Recht principiell nicht mehr zwischen civilen und prätorischen Servituten, wenn sich auch noch in einzelnen Stellen Spuren der alten Zwiespältigkeit erhalten haben. Die Folge war also, dass die Compilatoren nothgedrungen alle jene Stellen nicht oder nur verändert aufnehmen konnten. Die prohibitorische Fassung der Formel aber zu missbilligen, die negatorische für die allein mögliche zu erklären, dazu hatten die Compilatoren nicht die geringste Ursache, ja vom Standpunkte ihres Processrechts, das auf die verborum observantia kein Gewicht legt, nicht einmal die Möglichkeit. Die prohibitorische Fassung blieb also in Uebung, und das um so sicherer, als ja die jetzt allein noch als solche anerkannten Servituterwerbformen gerade die des prätorischen Rechts waren: die Praxis war just auf diesem Gebiet an die prohibitorische Fassung gewöhnt und gab diese Gewohnheit verständlicher Weise nicht ohne weiteres auf.

Zu den beiden Digestenstellen, in denen Zachariä Spuren der formula prohibitoria entdeckt hat, stelle ich mich jetzt folgendermassen. Dass in D. (7, 8) 5 pr. die Worte „vel sibi ius esse prohibendi", wenn die Stelle wirklich genau so aus der Feder Ulpians geflossen ist wie wir sie jetzt lesen, nicht auf die formula prohibitoria bezogen werden können, halte ich auch jetzt noch fest, aus den von mir in dieser Zschr. Bd. II S. 73 f. angeführten Gründen. Doch finde ich es mit Ferrini[1]) höchst wahrscheinlich, dass die Stelle in der That nicht so von Ulpian geschrieben ist; Ulpian wird ausdrücklich von der formula prohibitoria gehandelt und ihre Fassung zur Erläuterung der Bedeutung der negatorischen intentio verwerthet haben; die Compilatoren zogen dann seine Ausführung ungeschickt zusammen. Auch in D. (8, 5) 11 stehen Interpolationen zu vermuthen. Die Stelle lautet:

An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure

---

[1]) A. a. O. S. 96. Wenn Ferrini freilich an dem „cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi" grammatischen Anstoss nimmt, da ja das negat zu dem vel sibi ius esse prohibendi gar nicht passe, so kann ich ihm hierin nicht beitreten. Diese nachlässige Construction findet sich bei den besten lateinischen Schriftstellern, selbst bei Cicero.



aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, non possit (num possint *scr. sec. dett.*) cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit.

Auffallend ist in dieser Stelle, dass Marcellus gegenüber dem vollendeten Bau die prohibitorisch gefasste Formel nicht erwähnt uud dass er die aufgeworfenen Fragen anscheinend nur indirect beantwortet, indem er zwar die Existenz des ius prohibendi bejaht, über die Klagformel sich aber nicht weiter äussert, — so dass man sogar darüber streitet, ob die Entscheidung des Juristen auf Gewährung oder Versagung der vorher von ihm genannten Klagformeln hinauslaufe. Es ist mir zunächst sehr wahrscheinlich, dass Marcellus sich über die Frage, ob negativ oder prohibitorisch zu formuliren sei, näher ausgelassen, die Compilatoren aber diesen Passus aus den eben angegebenen Gründen gestrichen und so den gegenwärtigen Zustand der Stelle herbeigeführt haben. Wie aber wird die Entscheidung des Marcellus wirklich zu verstehen sein? M. E. hat der Jurist die prohibitoria gewähren, die negatoria aber versagen, wegen des vollendeten Baues aber überhaupt kein Rechtsmittel zugestehen wollen. Marcellus wird so wenig wie irgend ein anderer uns bekannter römischer Jurist [1]) darüber gezweifelt haben, dass das zwischen den socii streitige ius faciendi oder prohibendi nicht nach Servitutrecht zu beurtheilen sei; eben darum aber musste er Anstand nehmen, hier diejenige Formel zuzulassen, in der das bestrittene Recht die von Alters her übliche technische Formulirung einer Servitut erhielt. Ein besonderes „ius" aedificandi nahm der socius ja gar nicht für sich in Anspruch, die Klage „aio tibi ius non esse aedificare" wäre also ein Stoss ins Leere ge-

[1]) Vgl. Paul. (8, 2) 26, Papin. (10, 3) 28.

wesen. Dagegen musste es sehr nahe liegen, hier die prohibitorische Formel heranzuziehen. War sie auch eingeführt zur Abwehr anders gearteter Eingriffe in das Eigenthum, so blieb gleichwohl unbestreitbar, dass der Eigenthümer mit ihr lediglich das in seinem Eigenthum enthaltene ius prohibendi geltend mache[1]); bestand nun das ius prohibendi auch gegenüber der Bauabsicht des Miteigenthümers, so liess sich kein formeller Grund ersehen, die Formel hier für unanwendbar zu erklären; eine äusserlich erkennbare Beziehung auf Servitutanmassung trug sie nicht an sich. Warum aber wird in der Fragstellung die prohibitoria als denkbare Klage nur gegenüber dem beabsichtigten oder angefangenen, nicht gegenüber dem vollendeten Bau des socius erwähnt? Man hat gemeint, weil ein vollendeter Bau nicht mehr „prohibirt" werden könne. Allein wenn ich auch dahingestellt sein lassen wollte, ob es eine auf „ius esse prohibendi ita aedificatum habere" gestellte intentio gegeben hat[2]): irgend eine Formel muss es gegeben haben, um die Beseitigung eines Baues, z. B. eines Vordachs oder Balkons, zu erlangen, den ein Anderer auf Grund der Anmassung prätorischer Servitut errichtet hatte, und wenn zuvor der Jurist keinen Anstand nahm, die prohibitoria heranzuziehen, so müssten wir, so scheint es, nunmehr die Erwähnung dieser anderen wie immer gefassten Formel erwarten Vielleicht haben auch hier die Compilatoren eingegriffen; doch ist auch eine andere Erklärung möglich. Wir wissen aus D. (10, 3) 28, dass Papinian dem socius ein Recht auf Beseitigung des vollendeten opus in der Regel[3]) nicht zusprach, und auch die Entscheidung des Marcellus scheint darauf hinauszulaufen. Verneinte nun aber Marcellus das Recht auf Beseitigung des Baues, dann war die Frage der Formel für ihn ganz unerheblich, und es würde sich begreifen, dass er hier nicht alle in abstracto denkbaren Formeln aufführte, sondern sich mit der einen negatorisch gefassten begnügte.

---

[1]) Ich halte es daher auch keineswegs für unmöglich, dass die einmal eingeführte formula prohibitoria auch zur Abwehr civiler Servituten verwendet werden konnte; die Formel passte auch auf diesen Fall. — [2]) S. oben S. 6 f.. — [3]) Die Worte „si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit" sind mir — nebenbei bemerkt — nicht unverdächtig.

II.

Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten II.

Von

Herrn Geheimerath Professor Dr. **Th. Schirmer**
in Königsberg.

1. L. 122 § 5 D. V. O. 45, 1. Seia heres unius tutoris, cum herede pupillae transactione pacto solo facta, maiorem partem solvit, residuam cavit: sed ilico negavit heres se transactionem servare et apud iudicem tutelae egit et victus provocavit ad competentem iudicem et ab eo quoque ad principem idem provocavit, et iniusta haec quoque provocatio eius pronuntiata est. quaesitum est, cum per heredem pupillae mora intercesserit, quominus pecunia in stipulationem deducta ab herede tutoris solveretur, nec unquam petierit, an ei hodie debeantur usurae ab herede tutoris. respondit, si Seia non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, iure usuras non deberi. (Scaevola lib. 28 Dig.)

In der vorliegenden Stelle springt eine Schwierigkeit sofort in die Augen; die Vormundschaftsklage ist von dem Erben der Mündelin nutzlos verbraucht, der Process bis in die höchste Instanz gediehen und dort mit Rücksicht auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vergleich zu Ungunsten des Klägers entschieden worden. Ihm bleibt also einzig die Klage aus der Stipulation auf die Zahlung der versprochenen Restsumme. Wie kann nun aber dabei die Leistung von Verzugszinsen in Frage kommen, welche officio iudicis praestantur, also nur in bonae fidei iudiciis gefordert werden können? — Man hat sich deshalb von frühen Zeiten her zu der Annahme gedrängt gesehen, die Stipulation habe direct oder indirect die Zinsverpflichtung des Schuldners mit umfasst. Noch

F. Mommsen meint in seinen Beiträgen zum Obligationenrecht Bd. III § 24 Anm. 10, dass „die Stipulation wohl auf dasjenige lautete, was die Seia ex causa transactionis noch zu leisten hatte. Man müsste sonst annehmen, dass in dem zur Entscheidung stehenden Fall ausdrücklich, aber nur für den Fall der Mora, Zinsen versprochen seien". Dies letztere war bekanntlich die bei den Aelteren herrschende Meinung, vgl. Glück, Comm. Bd. IV p. 419 Anm. 67. Es ist begreiflich, wenn Mommsen in derselben nur einen äussersten Nothbehelf erblicken will, denn wie darf man dem Juristen die Ungereimtheit zutrauen, er habe bei seiner Angabe des Inhalts der Stipulation gerade das für die aufgeworfene Frage Wesentliche, die ausdrückliche Verheissung von Zinsen im Falle eines Verzuges einfach weggelassen. Aber auch Mommsens eigene Auffassung ist mit dem Wortlaute des Fragmentes nicht in Einklang zu bringen; maiorem partem solvit, residuam cavit, heisst es da. Wie die maior pars, welche gezahlt ist, nur eine bestimmte Geldsumme sein kann, so lässt sich auch unter dem residuam cavit nur die Stipulation einer ebensolchen Geldsumme verstehen. Zudem, ein quidquid ex transactione dare facere oportet ist bei dem formlosen Abschlusse des Vergleichs streng genommen gar nicht einmal vorhanden, die Fassung der Stipulation müsste also auf quanti ea res est oder quanti interest gelautet haben, was mit dem einen Worte „residua" um so weniger angedeutet werden durfte, je unwillkürlicher dabei ein Jeder zunächst an eine bestimmte Summe denken musste. Vergessen wir doch nicht, Scävola ist gerade in der knappen und correcten Darlegung der dem Rechtsfall unterliegenden Thatsachen ein unübertroffener Meister, und hier sollte er sich nun so zweideutig und irreleitend wie möglich ausgedrückt haben! Sonach wird kaum etwas anderes übrig bleiben, als die Leistung der Verzugszinsen mit Cujacius (in den Noten zum Titel de verbor. obl. bei unserem Paragraphen) in Verbindung mit der Klage aus der Vormundschaft zu bringen.

Allein wie kann aus dem bereits durch sämmtliche Instanzen hindurch gezogenen Processe noch ein Urtheil in Aussicht stehen? Wie ich meine, bietet uns unser Text dafür allerdings einen gewissen Anhalt. Als Gegenstand des Streites

zwischen den Parteien wird uns ausschliesslich die rechtsverbindliche Kraft des Vergleiches genannt; nur darüber, so darf man schliessen, sind die von Scävola erwähnten, wiederholten Entscheidungen ergangen. Es handelt sich also um ein in dem Rechtsstreite gefälltes Zwischenurtheil. Dass solche Zwischenurtheile appellabel waren, wenigstens zu Scävolas Zeiten, ersehen wir aus

> L. 39 D. de minor. 4, 4. Intra utile tempus restitutionis apud praesidem petierunt in integrum restitutionem minores et de aetate sua probaverunt: dicta pro aetate sententia adversarii, ut impedirent cognitionem praesidis, ad imperatorem appellaverunt: praeses in eventum appellationis cetera cognitionis distulit. (Scaevola lib. 2 Dig.)

Also nur bezüglich des Alters der die Restitution Verlangenden hat der Statthalter erkannt, alles andere bleibt noch zu erledigen; nichtsdestoweniger wird der Berufung an den Kaiser ohne alles Bedenken Raum gegeben, und die Fortsetzung des Verfahrens einstweilen eingestellt. (Vgl. Planck, Bew.-Urth. p. 106 Anm. 1.) Wenn hiernach zweifellos dargethan ist, dass zu jener Zeit auch Zwischenurtheile durch Berufung an den höheren Richter angefochten werden durften, so bleibt es doch fraglich, ob gleicherweise in dem regelmässigen Processe von dem durch die Formel bestellten iudex privatus derartige appellable Interlocute erlassen werden konnten. Die L. 39 cit. redet nämlich von in integrum restitutio, also einem Falle der extraordinaria cognitio; ebenso ist in L. 4 C. de sent. quae sine cert. quant. VII, 46 mit ausdrücklichen Worten gesagt, dass das dort erwähnte Interlocut von einem Richter, qui extra ordinem iudicabat, gesprochen sei, und aus

> L. 2 D. de app. recip. 49, 5. Ante sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam iudex interlocutus sit, vel in criminali, si contra leges hoc faciat (Scaevol. lib. 4 Regul.)

könnte man argumento a contrario sogar entnehmen, wenn man die Stelle überhaupt auf den ordentlichen Civilprocess bezieht, dass nur in dem dort genannten Falle die Appellation gegen ein Interlocut des Judex zulässig sei. Mindestens

ist dies Fragment durchaus ungeeignet, den Beweis zu erbringen, dass die Zwischenbescheide des Richters im Formularverfahren regelmässig im Wege der Appellation anfechtbar waren.

Nun hat aber schon Cujacius a. a. O. (O. O. Neap. 1722 Tom. X p. 549) unter Berufung auf L. 38 pr. D. de minor. 4, 4, wo der Prätor als untere, der praefectus urbi als zweite Instanz auftreten, bemerkt, dass in unserem § 5 unter dem competens iudex eben der praef. urbi, unter dem iudex tutelae — denn so verbindet Cujacius die Worte — der praetor tutelaris zu verstehen sei (vgl. auch Mommsen, Staatsrecht Bd. II p. 945 Anm. 3), und Gradenwitz (in dieser Zeitschrift Bd. VII p. 64) erblickt in dem competens iudex sogar eine Justinianische Interpolation. Man mag ihm darin beistimmen, obschon nicht recht abzusehen ist, weshalb die Compilatoren in dem einen Fragmente abändern, was sie in dem anderen, der L. 38 pr. cit. ungeändert haben stehen lassen. Ob auch die Worte „apud iudicem tutelae egit" auf einer Interpolation beruhen, darüber spricht sich Gradenwitz selbst mehr zweifelnd aus. Zieht man, was sprachlich am nächsten liegt, tutelae zu egit, so erscheint apud iudicem nichtssagend und selbst ungenau, man müsste denn eine concurrirende Gerichtsbarkeit des iudex mit einer sonstigen Behörde, etwa dem praetor tutelaris, annehmen. Verbindet man apud iudicem tutelae, so kann man allenfalls durch den Hinweis auf den iudex tutelaris bei Paul. R. S. V, 16 § 2 den iudex tutelae in L. 122 § 5 D. V. O. zu halten versucht sein, jedoch steht dann wieder das egit in auffallender Weise isolirt, wiewohl bei dieser Bezeichnung des Richters kein Zweifel obwalten kann, dass eben die actio tutelae gemeint ist. Man kann eben nur so viel sagen, eine gewisse Wahrscheinlichkeit liegt vor, dass auch bei diesen Worten der ursprüngliche Text absichtlich geändert oder zufällig verderbt sei. Wie man nun aber auch darüber denken mag, dass das Verfahren vor dem praetor tutelaris in den ihm überwiesenen Cognitionen über die Bestellung, Excusation und Remotion von Vormündern das der extraordinaria cognitio war, steht ausser allem Zweifel. Gilt jedoch das Gleiche hinsichtlich der actio tutelae? Ja, gehörte diese Klage überhaupt vor sein Forum, war er dafür ausschliesslich

oder neben dem regelmässigen Gerichte competent? Heisst iudex tutelae und iudex tutelaris in den angezogenen Stellen (vgl. auch Rudorff, Vormundschaft Bd. I p. 346 Anm. 38) nicht vielleicht bloss „der für die Vormundschaftsklage bestellte iudex privatus“ ohne alle Beziehung auf den praetor tutelaris? Hierfür lässt sich einmal der Bericht des Julius Capitolinus vit. Marc. c. 10 § 11: „Praetorem tutelarem primus fecit, cum ante tutores a consulibus (cf. Suet. Claud. c. 23 Plin. ep. IX, 13 § 16) poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur“ anführen. Der Schriftsteller beschränkt augenscheinlich den Geschäftskreis der neu creirten Magistratur auf die Bestellung der Vormünder und was damit zusammenhängt. Dann ist in den uns erhaltenen Fragmenten aus Ulpians und Paulus' liber singularis de officio praetoris tutelaris (L. 3. 5. 9, L. 6 § 13. 19 D. de excus. 27, 1 fr. Vat. § 232—236. 238—242. 244. 245. 247) überall nur von Vormundsbestellung und Excusation, nirgends von Verhältnissen die Rede, die mit der Vormundschaftsklage in Zusammenhang gebracht werden könnten. Endlich ist die Competenz zur Ernennung u. s. w. von Vormündern bekanntlich von Alters her eine von der regelmässigen iurisdictio völlig gesonderte gewesen (L. 6 § 2 D. de tutel. 26, 1, L. 8 pr. D. de tut. dat. 26, 5), und so natürlich es auf den ersten Blick erscheinen mag, die Entscheidung über die gegenseitigen Ansprüche aus der Verwaltung der Vormundschaft in dieselbe Hand zu legen, welcher die Ernennung der Vormünder anvertraut ist, m. a. W. die actio tutelae gleichfalls dem praetor tutelaris zuzuweisen, so haben wir doch nicht den mindesten Anhalt dafür, dass dies bei den Römern wirklich geschehen sei.

Dennoch zeigt das Verfahren bei der actio tutelae im Vergleich mit den übrigen Civilklagen einzelne Besonderheiten. In Veranlassung eines Decretes des Kaisers Severus war dem Richter zum Zwecke der Prüfung der seitens der Vormünder geführten Verwaltung des Vermögens der Mündel gestattet worden, in Ermangelung anderer Documente die von den Sklaven angefertigten Rechnungen einzufordern und durchzusehen, und daran hatte sich dann die Möglichkeit einer quaestio de servis angeschlossen; ein Vorgehen, welches ursprünglich keineswegs in der Machtvollkommenheit des iudex

privatus gelegen hatte, und welches Ulpian in L. 1 § 3 D. de act. tut. 27, 3 wesentlich nur durch die Berufung auf die üblich gewordene Praxis rechtfertigt: „de servis quoque interrogationes, sed et quaestiones habendas et hoc officio iudicis convenire placuit". Dabei sollte nicht ohne weiteres zur Folterung der Sklaven geschritten werden, sondern, wie der Schluss des Paragraphen besagt, erst dann, wenn die Sklaven von der Gegenpartei einer Fälschung der Rechnungen bezichtigt wurden. Die gleiche Ausnahmestellung der actio tutelae bezeugt

> Paul. R. S. V, 16 § 2. Iudex tutelaris itemque centumviri, si aliter de rebus hereditariis vel de fide generis instrui non possunt, poterunt de servis hereditariis habere quaestionem.

Man wende nicht ein, dass der unmittelbar voraufgehende Satz diese Befugniss dem Richter auch in anderen Civilklagen gewähre, sobald es sich um eine eigene Handlung des Sklaven fragt. Dort ist nämlich nur von dem Rechte zur interrogatio die Rede; interrogare und quaestionem habere sind aber, wie eben L. 1 § 3 D. de tut. act. zeigt (vgl. auch L. 9 § 1 D. de quaest. 48, 18, L. 58 § 2 D. de aedil. ed. 21, 1, L. 6 C. de quaest. IX, 41), durchaus nicht gleichbedeutend. Und wenn Aquila in L. 34 D. de adm. tut. 26, 7 mit Beziehung auf die Vormundschaftsklage bloss von der interrogatio spricht, so erklärt sich das daraus, dass es sich in dem ihm zur Begutachtung vorgelegten Falle, wenigstens zunächst nur um das Verhör, nicht um die Tortur der Sklaven handelte. — In L. 9 pr. D. de quaest. legt Marcian augenscheinlich das Hauptgewicht darauf, dass in Civilsachen die Folterung der Sklaven nur ganz ausnahmsweise stattfinden dürfe. Allerdings ist wohl das dort angezogene Rescript des Antoninus Pius ursprünglich weiter gegangen, nicht sowohl in Betreff der speciellen Voraussetzung für die Zulässigkeit der quaestio, denn „si aliter veritas inveniri non possit" war auch da gesagt, als hinsichtlich der Gattungen von Rechtsstreitigkeiten, im Rescript hiess es schlechtweg „in pecuniaria causa", bei denen eine quaestio statthaben durfte. Allein dem trat alsbald eine beschränkende Praxis entgegen, die in den Verordnungen des Severus bekräftigt wurde, und als deren Resultat wir den in

der ausgeschriebenen Sentenz des Paulus angegebenen Rechtszustand zu betrachten haben. — Dass ferner das auf Vornahme der quaestio lautende Zwischenurtheil des iudex, weil seine Ausführung nicht wohl ohne wesentliche Schädigung der Interessenten möglich war, der Appellation unterlag, haben wir schon aus L. 2 D. de app. recip. ersehen. Liess man aber einmal die Berufung gegen diese Interlocute zu, so war es kaum zu vermeiden, dass sich dieselbe auch anderen Zwischenbescheiden gegenüber, welche für den Ausgang des ganzen Processes präjudicirlich waren, nach und nach einbürgerte. Wir dürfen nach alledem für die Zeit des Scävola die Appellabilität der Interlocute, wenn nicht in weiterem Umfange, so doch jedenfalls bezüglich der actio tutelae, auch da, wo diese Klage mittelst des Formularverfahrens zum Austrage gebracht wurde, ohne Bedenken annehmen, und in dem so gestalteten Processe eine Uebergangsform zwischen jenem und der extraordinaria cognitio erblicken. Vielleicht hängt es mit dieser Entwickelung der Vormundschaftsklage zusammen, dass sich in den betreffenden Titeln der Justinianischen Compilation so gut wie gar kein Material zur Reconstruction der im Edict für die actio tutelae aufgestellten Formel erhalten hat. Somit erscheint es nicht unberechtigt, die in L. 122 § 5 D. V. O. erwähnte Appellation als eine solche gegen ein Zwischenurtheil anzusprechen. Die in der Stelle selbst angegebenen Momente weisen darauf hin, und die allgemeinen processualischen Grundsätze stehen hier wenigstens nicht im Wege.

Allein es bleibt noch ein Bedenken zu erledigen übrig. Musste die Berufung auf den abgeschlossenen Vergleich, wenn dieser für rechtsbeständig erklärt war, nicht die Abweisung des Klägers zur Folge haben? Hatte die Verhandlung als extraordinaria cognitio stattgefunden, so war das sicherlich nicht geboten. Beklagte räumte ja ein, aus der Vormundschaft auf Grund des Vergleiches noch eine bestimmte Summe schuldig zu sein, der erkennende Richter war also nicht gehindert, sie darauf zu verurtheilen. Nicht anders steht es, wenn die Einrede des Transacts nur in der Gestalt der allgemeinen exceptio doli, quae bonae fidei iudiciis inest, geltend gemacht, nicht aber als ausdrückliche exceptio der Formel in-

serirt wurde. Denn von einer Novation konnte bei der Formlosigkeit des Vergleichs keine Rede sein, und auch die über die Restsumme abgeschlossene Stipulation änderte daran nichts. Allein wenn nun wegen des Vergleiches eine ausdrückliche exceptio in die Formel aufgenommen war? Möglich, dass der Prätor dieselbe unter solchen Umständen als überflüssig überhaupt nicht zuliess. Wo dies aber dennoch geschah, konnte sie nur als exceptio condemnationem minuens wirksam werden. Sehen wir nämlich von der Stipulation auf den Rest der Vergleichssumme einstweilen ab, so blieb, wenn der Gegner nicht freiwillig leistete, dem Erben des Pupillen durchaus keine Wahl; er hatte nur die actio tutelae, um seine Ansprüche wahrzunehmen; auch kann er sich bei der incerta intentio der Klage keiner pluris petitio schuldig machen (Gai. IV § 54), seine Abweisung ist also unmöglich. Sie konnte aber auch nicht deshalb erfolgen, um ihn auf die Stipulationsklage zu verweisen, da es ungereimt ist, einen zweiten Process zu provociren, wo man mit dem ersten zum Ziele gelangen kann; auch deckte sich, wie eben die Frage nach etwaigen Verzugszinsen in unserem Paragraphen zeigt, das Object in den beiden Processen nicht vollständig.

Die sachliche Entscheidung in unserem Paragraphen macht keine Schwierigkeiten. Scävola steht anscheinend noch ganz auf dem Standpunkte des Marcellus in L. 28 § 1 D. de adm. tut. 26, 7. Erst durch eine Reihe von Constitutionen des Severus (cf. L. 26 § 1 D. de fideic. lib. 40, 5) ist der Begriff der mora ex re zu Gunsten der Minderjährigen, deren Folgen in innerlich durchaus consequenter Weise nur durch Deposition, nicht durch Oblation der schuldigen Leistung abgewendet werden konnten, in der römischen Jurisprudenz zur allgemeinen Anerkennung gelangt. Daher die verbessernde Note des Ulpian zu Marcellus a. a. O. Vgl. auch Papinian in L. 1 § 3 D. de usur. 22, 1. Diese Theorie ist denn auch die des Justinianischen Rechts. Auf die Erben der Minderjährigen sollte davon aber keine Anwendung gemacht werden. Das zeigt auf das deutlichste die Einschiebung der L. 29 D. de adm. tut. hinter die Note des Ulpian. So konnte denn auch das Responsum des Scävola, wonach es für den besprochenen Fall einzig auf die gewöhnliche Mora ex persona

ankommt, die durch einfache Oblation ausgeschlossen wird, unverändert in Justinians Digesten aufgenommen worden.

2. L. 35 pr. D. de donat. 39, 5. Ad eum, quem manumiserat, epistulam misit in haec verba: „Titius Sticho liberto suo salutem. cum te manumiserim, peculium quoque tuum omne, quidquid habes tam in nominibus quam in rebus moventibus sive in numerato, me tibi concedere hac epistula manu mea scripta notum tibi facio.“ eundem libertum testamento ex besse scripsit heredem, Sempronium ex triente: nec peculium Sticho legavit nec actiones praestari iussit. quaesitum est, utrum in assem Sticho actio detur eorundem nominum, quae in peculio habuit, an utrisque heredibus pro portionibus hereditariis. respondit secundum ea quae proponerentur utrisque heredibus pro hereditariis portionibus competere. (Scaevola Lib. 31 Dig.)

Der bereits früher (Bd. XI dieser Ztschr. p. 84 ff.) erklärte § 1 dieses Fragmentes führte uns schon direct in das Recht der lex Cincia hinein. Natürlich wird auch der vorliegende Rechtsfall von den Bestimmungen dieses Gesetzes beherrscht, und es ist deshalb die erste Frage, die wir uns vorzulegen haben, die, ob der Freigelassene seinem Patron gegenüber zu den personae exceptae gehöre. Noch neuerdings ist dies von Huschke behauptet worden. Dass der Freigelassene im Verhältniss zur Patrona keine solche Ausnahmestellung einnimmt, ergiebt sich allerdings aus fr. Vat. § 313 und wird auch von Huschke ohne weiteres eingeräumt (Iurispr. anteiust. ed. V p. 805 not. 7). Indessen wäre es nicht gerade befremdlich, wenn man den patronus und die patrona in dieser Beziehung nicht gleich behandelte; man konnte es ganz angemessen finden, dass der Freigelassene in dem Patron zugleich eine wirthschaftliche Stütze hatte, während man ein derartiges Verhältniss zur patrona wenigstens nicht gesetzlich begünstigen mochte. Es kommt hier alles darauf an, wie man den Text von §§ 307 und 309 der Vat. Fragm. gestaltet. Huschkes Reconstruction der beiden Paragraphen ist nun auf alle Fälle unhaltbar; liess sich das Gesetz so direct über den fraglichen Punkt aus, wie es das duitve iis bei Huschke thut, so konnte die ganze Frage unmöglich, wie das in § 309 ge-

schieht, als eine zweifelhafte, nur durch die Praxis zu erledigende behandelt werden. Es ist vielmehr mit Mommsen in seiner Ausgabe der fr. Vat. anzunehmen, dass der Freigelassene auch seinem patronus gegenüber unter den Beschränkungen der lex Cincia stand. — Für die Ueberlassung des Peculiums macht es nun bezüglich der dazu gehörigen Sachen keinen Unterschied, ob der Beschenkte persona excepta ist oder nicht. Im einen wie im anderen Falle werden die Peculiarsachen pro donato resp. pro suo von ihm ersessen fr. Vat. § 260. 261. Wie steht es aber mit den Peculiarforderungen? Nicht schon in der blossen concessio peculii, d. h. hier dem non adimere peculium an sich, liegt die Berechtigung zur Anstellung der Peculiarklagen. Auch der emancipirte Sohn, die von der Mutter beschenkte Tochter werden erst vermöge einer Delegation oder lite inchoata als cognitores in rem suam klagberechtigt (fr. Vat. § 260. 263), und dem völlig entsprechend sagt Paulus in L. 53 D. de pecul. 15, 1, dass der Freigelassene, dem sein Peculium nicht entzogen sei, nur mandatis actionibus die Peculiarforderungen eintreiben könne. Es ist also in keiner Weise die lex Cincia, die in dem vorliegenden Rechtsfalle einen massgebenden Einfluss auf die Entscheidung äussert, sondern einzig der Mangel einer Universalsuccession in das Peculium und die daraus sich ergebende Nothwendigkeit eines besonderen Cessionsactes, der in dem blossen Schweigen und Belassen des Sondergutes nicht zum Ausdruck kommt, während bezüglich der Peculiarsachen das factische Behalten derselben und die dadurch bedingte Aenderung der Besitzverhältnisse als eine Reihe von Acten des Einzelerwerbes erscheint. Könnte noch irgend ein Zweifel darüber obwalten, dass die Bestimmungen der lex Cincia hierbei ganz einflusslos sind, so müsste er für unsere Stelle aus dem Grunde hinfällig werden, dass der Schenker bereits verstorben ist, und morte Cincia removetur, ein Satz, der bekanntlich nicht bloss von Sachschenkungen, sondern ebenso von obligatorischen Schenkungen gilt (fr. Vat. § 263. 266. 312). Wir dürfen uns deshalb auch der schwierigen und bei dem Stande unserer Quellen kaum zu einem befriedigenden Resultate führenden Untersuchung überheben, ob für die durch Delegation und Klagencession vollzogenen

Schenkungen zwischen den personae exceptae und non exceptae etwa darin ein Unterschied bestand, dass letztere, nicht aber die ersteren einer actio rescissoria oder einer Condiction des empfangenen Werthes seitens des Schenkers unterlagen. Man könnte sich nämlich vielleicht versucht fühlen, durch eine derartige Unterstellung den in die Augen fallenden Widerspruch zwischen L. 2 § 1. 2, L. 33 § 3 D. de donat., wo die Schenkung nach bewirkter Delegation als perfecta bezeichnet wird, einerseits und L. 21 § 1 D. eod. sowie L. 5 § 5 D. de dol. m. exc. 44, 4, wo unter anscheinend völlig gleichen Voraussetzungen condictio und actio rescissoria gegeben werden, andererseits, für das vorjustinianische Recht heben zu wollen. In Betreff der Justinianischen Compilation hilft die Annahme, dass in L. 2 § 1. 2 und L. 33 § 3 D. de donat. keine insinuationspflichtige Summe in Frage stehe; denn in den beiden anderen Fragmenten ist, und, wenn ich nicht sehr irre, durch die Compilatoren, mittelst der Worte immodicae und supra legitimum modum (wegen dieser Interpolation vgl. L. 5 § 2 D. cit., wo Paulus ersichtlich von der exceptio legis Cinciae gesprochen hat) die Schenkung ausdrücklich als übermässige bezeichnet. Allerdings ist in L. 21 § 1 D. cit. gegen den Schluss die weitere Interpolation mit besonderem Geschick gemacht. Dagegen dürfte es ziemlich unmöglich sein, in L. 2 § 1. 2 und L. 33 § 3 D. cit. eine Beziehung auf personae exceptae hineinzuinterpretiren, und ebensowenig ist dort an eine geringere Summe unter dem Mass der lex Cincia zu denken. Regelmässig nämlich setzen die Juristen, wo sie die Gültigkeit einer Schenkung mit Rücksicht auf das Gesetz behandeln, die Ueberschreitung des Masses stillschweigend voraus. Es hängt das damit zusammen, dass in der lex, abgesehen von den besonderen Bestimmungen über Geschenke an Sachwalter, bloss das allgemeine Schenkungsverbot über das Mass und die Einzelanordnungen hinsichtlich der personae exceptae enthalten waren, wogegen die Feststellung der besonderen Formen, die nothwendig sind, um die Schenkung dem Einflusse der lex Cincia zu entziehen, sowie des Satzes „morte Cincia removetur“ durch die Jurisprudenz bewirkt ist. Von letzterem wird uns das eigentlich in fr. Vat. § 266 mit klaren Worten gesagt, aber auch für die Formerfordernisse ist das gleiche aus

der bloss indirecten Art ihrer Geltendmachung, aus der Möglichkeit einer Schulcontroverse (fr. Vat. § 266) über die Tragweite der exceptio legis Cinciae, endlich aus dem Umstande mit Sicherheit zu folgern, dass unsere Quellen nirgends diese Formen aus der positiven Gesetzesvorschrift ableiten, so nahe auch der Anlass dazu gelegen hätte. Es ist mir völlig unverständlich, wie Puchta (Instit. § 206 Anm. aa) aus fr. Vat. § 259 und 310 entnehmen will, dass die lex Cincia eine bestimmte Form vorgeschrieben habe. Denn wenn es hier heisst, die Schenkungen seien gültig, weil ihnen unerachtet ihrer Formlosigkeit die exceptio legis Cinciae nicht entgegenstehe, so ist damit doch nicht mehr gesagt, als dass diese Einrede im übrigen der Gültigkeit formloser Schenkungen im Wege steht, und man übersieht ganz, wie die Beobachtung der Form einzig darin wirkt, dass für eine exceptio überhaupt kein Raum mehr vorhanden ist, und deshalb auch von der exceptio legis Cinciae kein Gebrauch gemacht werden kann. Nach alledem ist es verständlich, wie mit dem Aufwerfen der Frage, ob die lex Cincia Platz greife, schon die Thatsache ausgesprochen ist, dass eine Ueberschreitung des gesetzlichen Masses stattgefunden habe, ohne dass dies noch ausdrücklich wiederholt zu werden braucht. Ich wüsste nur eine Stelle, die L. 24 D. de donat., wo die Erwähnung des Uebermasses vielleicht echt ist, und der Jurist die Worte „supra modum legis" deshalb eingefügt haben mag, um die im Folgenden genannte exceptio als die exc. l. C. zu charakterisiren; ausgeschlossen ist aber auch hier die Interpolation nicht. Javolenus kann sehr wohl die Einrede direct genannt haben, was dann die Compilatoren zu einer Textänderung veranlassen musste (vgl. auch Puchta a. a. O. Anm. q). Bei L. 21 § 1 D. cit. kommt ausserdem als Grund für das Vorhandensein einer Interpolation neben dem aussergewöhnlichen Gebrauche des „immodicus" namentlich noch hinzu die bloss theilweise Ungültigkeit der Schenkung über das gesetzliche Mass, welche dem Justinianischen Rechte allerdings ganz entspricht (L. 34 C. de donat. VIII, 54), wovon uns aber in der classischen Zeit sonst keine Spur begegnet. Die entgegengesetzte Behauptung Rudorffs (Röm. RG. I § 22 Anm. 11), die exceptio legis Cinciae sei minuendae condemnationis, ist völlig will-

kürlich und wird durch die Berufung auf fr. Vat. § 294 in keiner Weise unterstützt. Die Worte „quoniam quod praecessit totum irritum est" bezeichnen die totale Nichtigkeit des voraufgegangenen Actes im Gegensatz zu der nur durch Einrede geltend zu machenden Ungültigkeit der Schenkung contra legem Cinciam und die in Folge davon unmögliche Convalescenz des ersteren. (Vgl. auch Puchta. Inst. § 206 Anm. nn; Schilling, Inst. Bd. III p. 885 Anm. pp.) Der Versuch, die L. 2 § 1. 2 D. h. t. schon im Sinne Julians auf eine Schenkung unter dem Masse des Cincischen Gesetzes zu deuten, muss hiernach wohl aufgegeben werden. Auch damit ist die Schwierigkeit nicht zu heben, dass man sagt, der Jurist habe in der Stelle von diesem Gesetze ganz abgesehen und nur von dem geredet, was im übrigen zum Zustandekommen der Schenkung erforderlich sei (v. Meyerfeld, Schenkung § 15 p. 261). Es ist ja ganz richtig, dass donatio perfecta keineswegs allein mit directer Beziehung auf die Vorschriften der lex Cincia gebraucht wird. So findet sich non perfecta donatio in fr. Vat. § 257, wo das Zustandekommen jeglicher Schenkung geleugnet werden soll, ähnlich in § 268, L. 11 C. de donat. VIII, 54 und umgekehrt perficere donationem in Fällen, bei denen die lex Cincia, weil es sich um personae exceptae handelt, u. s. w. gar nicht in Anwendung kommen kann (fr. Vat. § 255. 264. 278). Allein es erscheint kaum möglich, eine Schenkung als perfecta zu bezeichnen, wenn sie noch nach der lex Cincia angefochten werden kann, denn dann ist sie eben noch nicht gültig zu Stande gekommen. Es war das um so weniger zulässig, als jener Ausdruck ja gerade in Beziehung auf das Gesetz beinahe zu einem typischen geworden ist. Ganz anders natürlich, wenn nachträglich anderweitige Gründe für die Aufhebung der bereits gültig vollzogenen Schenkung eintreten, wie Anstellung der querela inofficiosae donationis, Revocation der Schenkung durch den Patron u. s. w. Da nimmt man allerdings keinen Anstand, die der Art aufhebbare donatio als perfecta zu bezeichnen (fr. Vat. § 272. 293). Wir werden also einräumen müssen, dass für das classische Recht eine Vereinigung der einander widerstreitenden Fragmente L. 2 § 1. 2, L. 33 § 3 D. de donat. und L. 21 § 1 D. eod., L. 5 § 5 D. de dol. m. exc. 44, 4

nicht eben allzu leicht ist (vgl. auch Schlesinger, Formalcontr. p. 126. 127 Anm. 32). Am meisten hat vielleicht noch die Vermuthung für sich, dass hier eine Controverse zwischen dem Sabinianer Julian und dem Proculianer Celsus — und Paulus schliesst sich mit einer gewissen Vorliebe den proculianischen Ansichten vielfach an — hineinspiele.

Es bleibt somit für unser Fragment nur noch die Frage zu beantworten, ob nicht das in L. 53 D. de pecul. 15, 1 und L. 2 C. de donat. VIII, 54 zur Vollziehung der Schenkung für ausreichend erklärte Klagemandat in dem mitgetheilten Briefe thatsächlich enthalten sei. Es wäre nun allerdings denkbar, dass Scävola dies Mandat als durch den Tod des Schenkers hinfällig geworden betrachtet und deshalb für die ungehinderte Vererbung der Peculiarforderungen entschieden hätte. Auf einen solchen Gedanken könnte allenfalls das von Justinian in L. 33 C. de donat. erwähnte und aufgehobene ältere Recht hinleiten. Allein ich glaube doch, eine andere, schon von dem Anonymus (Basil. Lib. 47 Tit. 1 c. 34 schol. 2 ed. Heimbach IV p. 579) gegebene Erklärung liegt hier näher. Ein Mandat zur Einziehung der Peculiarforderungen ist überall nicht ertheilt. Die Zuschrift des Patrons an den Freigelassenen enthält ein solches nicht, überhaupt liegt in derselben keinerlei Dispositionsact, sondern bloss eine Benachrichtigung über das, was der Freilasser gethan hat, nämlich über die mit der Freilassung verbundene vollständige concessio peculii, die zur Uebertragung der Peculiarklagen eben nicht genügt. Es steht mit der Epistel in unserem Fragmente einigermassen ähnlich wie mit der in L. 32 D. de donat. Auch diese enthält schon ihrer Form nach keine directe, rechtliche Anordnung; es wird darin weder eine Servitut bestellt, noch eine obligatorische Verpflichtung zu irgend welchem Leisten übernommen. Da lautet L. 27 D. eod. „dono et permitto tibi habitare" doch schon anders. Ja, dass in L. 32 jeder juristische Zwang ausgeschlossen bleiben soll, sagt im Grunde die Clausel „idque te ex voluntate mea facere" geradezu, indem das dem Adressaten verstattete uti für seine gesammte zeitliche Ausdehnung auf die voluntas des Schreibenden gestützt und aus dieser gerechtfertigt wird. Dem entsprechend ist dann in dem Responsum des Scävola nur von einem mutare voluntatem

der Erben die Rede. Es handelt sich hiernach in L. 32 cit. um ein einfaches precarium (s. auch Windscheid, Pand. § 368 Anm. 11). Mit der lex Cincia hat die Stelle absolut nichts zu thun.

3. L. 27 D. de probat. 22, 3. Qui testamentum faciebat ei qui usque ad certum modum capere potuerat legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est: „Titio centum do lego, quae mihi pertulit: quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat, in sinu meo habui sine ulla cautione. item eidem Titio reddi et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex reditibus praediorum eius (quorum ipse fructum percepi et distraxi), item de calendario (si qua a matre receperat Titius) in rem meam converti." quaero, an Titius ea exigere potest. respondit, si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi: videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecisse. (Scaevola lib. 33 Dig.)

Die hier von Scävola über die Beweispflicht des Legatars getroffene Entscheidung will, von welcher Seite her man sie auch betrachten mag, mit den sonst geltenden Normen über die Vertheilung der Beweislast nicht ganz stimmen. Denn wenn auch der rein formale Gesichtspunkt, den Celsus in der L. 12 D. h. t. vertritt, der Legatar legt das Instrument mit der Anordnung zu seinen Gunsten vor, es ist nun die Sache des Gegners, dessen Unwirksamkeit darzuthun, in unserem Falle nicht geltend gemacht werden kann, da es bereits feststeht, dass das dem Titius zugewendete legatum debiti seiner Incapacität halber als Vermächtniss nicht zur Ausführung gelangen kann, so geräth das Responsum doch anscheinend in Conflict mit dem Princip der L. 18 § 1 D. h. t.: „Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, probare debet", welches Scävola selbst in L. 6 D. eod. anerkennt, indem er dem Patron, welcher die von dem Freigelassenen vorgenommene Veräusserung als betrüglich ansieht, den Beweis der betrüglichen Absicht auferlegt. Andererseits enthalten die Angaben des Testators ein Geständniss über eine ihm obliegende Schuld-

verbindlichkeit, welches sonst, auch in Ermangelung jedes anderweitigen Beweises, als ausreichend zur Begründung einer Klage für den Gläubiger angesehen wird, freilich nicht in dem Sinne, als ob das Geständniss das Geschäft ersetze (vgl. auch L. 88 § 10 D. de leg. II, 31), wohl aber, soweit es sich um die Erbringung des Beweises über das Zustandekommen, die Existenz des Geschäfts handelt. L. 26 § 2 D. depos. 16, 3: „ex epistula, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse".

Man darf nun aber nicht übersehen, dass alle diese generellen Beweisregeln eben nur Regeln sein sollen, die für eine grosse Mehrzahl von Fällen allerdings zutreffen, die aber nicht den Charakter von unverbrüchlichen Normen an sich tragen, wie etwa die Sätze der neueren gemeinrechtlichen Beweistheorie; vielmehr lassen sie unter geänderten Voraussetzungen sehr wohl Abweichungen zu. Das gilt schon von dem durch Celsus in L. 12 D. de prob. auf den von ihm behandelten besonderen Fall angewendeten Principe, wonach der Legatar, der zwei Urkunden, Testament und Codicill, mit gleichlautenden Zuwendungen an seine Person vorlegt, damit auch einen doppelten Anspruch dargethan hat, so dass es Sache des Gegners ist, den Nachweis zu führen, wie der Erblasser bei seinen gleichlautenden Verfügungen das Object des Legates (eine bestimmte Summe) nur einmal habe vermachen wollen. Ganz anders dagegen, wenn diese beiden Urkunden zwei Ausfertigungen desselben Testamentes sind, und in der einen eine Zuwendung enthalten ist, welche von der in der anderen bezüglich der genannten Summe abweicht. Hier wird, weil beide Documente sich als identische betrachtet wissen wollen, nur ein Vermächtniss und zwar das des geringeren Betrages angenommen (L. 47 D. de leg. II, 31). So ferner braucht der Gläubiger, welcher die Veräusserung des Schuldners als betrügerisch anfechten will, da den Beweis der fraus seinerseits nicht erst zu führen, wo sich letztere aus der nackten Thatsache unmittelbar ergiebt, wie bei einer Veräusserung des gesammten Vermögens (L. 17 § 1 D. quae in fraud. cred. 42, 8), und umgekehrt beweist der mit der rei vindicatio Belangte, der seinen Besitz inzwischen verloren

hat, in den Thatumständen, die diesen Verlust darthun sollen, zugleich, dass letzterer ohne bösliche Absicht von seiner Seite erfolgt ist (L. 17 D. de exc. rei iud. 44, 2). Hier also lässt die eigenthümliche Verbindung der beweisenden Momente in ein und demselben Thatbestande eine Trennung der Beweisführung, wie sie den allgemeinen Regeln über die Vertheilung der Beweislast unter den Parteien entsprechen würde, gar nicht mehr zu. Und so ist endlich auch das gelegentlich eines anderweitigen Rechtsgeschäftes verlautbarte, aussergerichtliche Geständniss nicht immer und ohne weiteres glaubwürdig. Es kann dabei die Vermuthung begründet sein, dass die Abgabe des letzteren wesentlich deshalb erfolgte, um das gegenwärtig beabsichtigte Geschäft gegen diesen oder jenen Einwand zu sichern. Man kann hierher ziehen eine andere Stelle des Scävola: L. 37 § 5 D. de leg. III, 32. Dort handelt es sich wie in L. 26 § 2 D. depos. um ein Empfangsbekenntniss, aber Scävola sieht dasselbe, weil es in einem Codicill zur Begründung eines Vermächtnisses benutzt wird, anders wie Paulus, nur bedingungsweise als vollkräftig zum Erweise der geschehenen Deposition an. Man könnte den Grund für diese abweichende Auffassung der beiden Juristen in einem Umstande finden, auf den Bruns (Zeitschr. f. RG. I p. 127) in anderer Richtung Gewicht legt. Das Anerkenntniss, welches Scävola vorliegt, ist allerdings, mit Puchta zu reden, „eine entschieden einseitige Handlung", während in dem dem Gläubiger zugestellten Empfangsscheine, über den Paulus sich auslässt, gleichzeitig ein Vertragselement anzuerkennen ist. Allein wie sich aus der ganzen Argumentation des Scävola ersehen lässt, ist dies nicht der die Ansicht des Juristen bestimmende Punkt: „scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator affirmavit, credenda est scriptura". Unerachtet der Erwähnung des Eides bleibt die gesammte Aeusserung im Codicill doch durchaus einseitige Erklärung ohne eine Spur eines zweiseitigen Uebereinkommens. Es kann also nur die detaillirtere Angabe der begleitenden Umstände oder auch die Erwägung sein, der Testator werde nicht so leicht den Eid, als religiöse Handlung, zum Gegenstand einer Unwahrheit machen, was dem Schuldbekenntniss in den Augen des Juristen eine grössere Glaubwürdigkeit verleiht. Ich will

nicht in Abrede stellen, dass der begründende Satz scilicet cum etc. einem Glossem einigermassen ähnlich sieht. Es könnte allenfalls eine von den Compilatoren in das Responsum hineingearbeitete Note des Claudius Tryphoninus sein, obgleich der eigenthümliche Anakoluth in der Antwort ihnen dann doch kaum entgangen sein könnte und von ihnen wohl vermieden worden wäre. Ich möchte deshalb eher, wie wir dergleichen ja bei Scävola gar nicht selten finden, eine Flüchtigkeit in der Redaction von Seiten des Autors selbst annehmen. Wie dem aber auch sei, jedenfalls würde dieser durch das beschränkende secundum ea quae proponerentur den Anlass zu der Ergänzung seiner Entscheidung gegeben haben, und es wäre nicht gerade unmöglich, dass dieselbe in einer ganz falschen Richtung erfolgt wäre. Jenes „secundum ea quae proponerentur" sollte vielleicht nur sagen, „da nach dem Vortrage der Sachlage keinerlei Verdachtsmomente vorliegen", wie sie z. B. einem incapax gegenüber vorhanden sein würden. Eben deshalb legt der Jurist in unserer L. 27 D. de prob. dem Legatar ohne alle Rücksicht auf das Empfangsbekenntniss des Testators die Beweislast auf. Eine Parallelstelle dazu ist die L. 37 § 6 D. de leg. III, 32, nur dass hier die in fraudem legis angeordnete Zuwendung nicht durch das Vorschützen eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Schuldverhältnisses, sondern nur durch eine falsa demonstratio gerechtfertigt werden soll. Deshalb fehlt auch der Vorbehalt des Beweises für den Honorirten; es heisst einfach „non idcirco quod scriptum est exigi posse in fraudem legis relictum". Gewiss sollte damit dem Bedachten die Möglichkeit nicht abgeschnitten werden, einen ihm etwa geschuldeten Lohn einzuklagen resp. das Hinterlassene als wahres legatum debiti in Anspruch zu nehmen. Es lag nur bei der Ausdrucksweise der Erblasserin der Gedanke an das Bestehen einer solchen Schuld viel weniger nahe als in dem anderen Falle; daher das Schweigen über einen vielleicht doch zu erbringenden Beweis. In dieser Beziehung zeigt das Verhältniss dieser beiden Stellen eine gewisse Aehnlichkeit mit dem zweier anderen, die Paulus theilweise anführt.

L. 16 D. de dot. leg. 33, 4. Qui dotem a matre uxoris acceperat et stipulanti ei promiserat, testamento uxori

dotem legavit. cum quaesitum esset, an uxor dotis summam consequi posset, respondit Scaevola non videri dari uxori, quod necesse sit matri reddi. alias sic respondit non videri, nisi manifeste uxor docuisset, eam testantis voluntatem fuisse, ut onerare heredes duplici praestatione dotis vellet. (Paul. lib. 2 ad Vitell.)

Auch hier sachliche Uebereinstimmung der beiden Responsen des Scävola, nur dass das eine auf die Zulässigkeit einer besonderen Beweisführung Rücksicht nimmt, worüber das andere schweigt. Eben dieser Differenz wegen führt ja Paulus auch das zweite wörtlich an und bietet uns damit den vollen Beweis der Echtheit des beschränkenden Satzes „nisi manifeste uxor docuisset" etc. Damit aber erscheint zugleich der aprioristische Verdacht gegen die bei Scävola so häufig wiederkehrenden (vgl. diese Zeitschr. Bd. VIII p. 159 f.), in einem Zwischensatz mit nisi eingeführten Beweisvorbehalte entkräftet.

III.

Custodia und vis maior.

Von

Herrn Dr. iur. **Johannes Biermann**

in Berlin.

Franz Xaver Bruckner. Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach römischem Recht. Gekrönte Preisschrift der Universität München. München 1889.

Gotthold Gerth. Der Begriff der vis maior im römischen und Reichsrecht. Berlin 1890.

Zwei Erstlingsschriften liegen hier vor, beide sich fast auf dasselbe Thema beziehend, und jede zu einem Resultate gelangend, welches dem der anderen so ziemlich entgegengesetzt ist. Und wie die beiden Arbeiten im Resultate Gegensätze sind, so sind sie es auch in ihrem ganzen Habitus: das

Brucknersche Buch zwar sehr solide und gründlich, aber auch in der Form etwas schwerfällig und nicht eben leicht zu lesen, das Gerthsche elegant und fesselnd geschrieben, aber auch inhaltlich hier und da etwas leicht. Aber in Einem Punkte stimmen sie mit einander überein: in ihrer Behandlung des corpus iuris civilis. Sie verfahren so, wie fast alle unsere romanistischen Schriftsteller: sie behandeln die Justinianische Compilation wie ein modernes Gesetzbuch. Und doch hat diese Art der Betrachtung des corpus iuris civilis im Grunde genommen gar keine Existenzberechtigung. Ein unter Justinian oder dessen Nachfolgern lebender Jurist, der für die Unterthanen der römischen Kaiser schrieb, durfte so verfahren. Der deutsche Jurist der Jetztzeit darf es nicht. Will er für das geltende Recht Resultate gewinnen, so muss er sich gegenwärtig halten, dass das römische Recht bei uns nur gewohnheitsrechtliche Geltung hat, dass es nur in der Gestalt bei uns recipirt ist, wie es die Glossatoren und Postglossatoren gelehrt haben; auf der von diesen geschaffenen Grundlage hat er weiter zu bauen. Will er aber das reine römische Recht zur Darstellung bringen — wie, nach dem Titel ihrer Bücher zu urtheilen, Bruckner und Gerth —, so darf er nicht vergessen, dass die Sätze, die in dem Rechtsbuche Justinians zusammengedrängt sind, sich auf einen Zeitraum von mehr als fünf Jahrhunderten vertheilen, und er muss wissen, dass das Recht nicht fünf Jahrhunderte lang stillsteht, und dass vielleicht niemals ein Recht so schnell vorwärts gegangen ist, wie das Roms in den ersten fünf Jahrhunderten unserer Zeitrechnung.

Der gerügte Fehler ist für beide Autoren verhängnissvoll geworden. Durch ihn sind sie beide zu unhaltbaren Resultaten gelangt. Aber sie geben wenigstens das Material, das erforderlich ist, um die verwickelte und schwierige Frage nach dem Wesen der custodia und der vis maior zu lösen. Es erscheint daher möglich, an ihrer Hand zu haltbareren Resultaten zu gelangen; anzuknüpfen ist hierbei vorzugsweise an die Brucknersche Arbeit, da diese bei weitem umfassender als die Gerthsche ist.

Bruckner theilt, wie hergebracht, die custodia ein in eine custodia im gewöhnlichen Sinne und eine solche im technischen

Sinne. Die Resultate, welche er über das Wesen der ersteren gewonnen hat, stellt er in § 9 zusammen. Unbedingt zuzustimmen ist hier der Nummer 6, in welcher die Auffassung der custodia als einer species diligentiae entgegen der herrschenden Ansicht verworfen wird. Das, was Bruckner über diese Frage ausführt, ist zutreffend und erschöpfend, wenn auch grossentheils nicht neu[1]). Es dürften auch schon grammatikalische Bedenken gegen die Subsumirung der custodia unter die diligentia sprechen. Die Wörter auf entia und antia bezeichnen Geisteseigenschaften, man denke an clementia, insolentia, innocentia, perseverantia etc. Wenn custodia eine Species der diligentia wäre, dann müsste custodia ebenfalls eine Geisteseigenschaft bedeuten, also Wachsamkeit, folglich mit vigilantia identisch sein. Dem ist gewiss nicht so. Custodia ist, wie Bruckner richtig bemerkt, ein Complex von Handlungen, ein facere. Ein facere kann aber nicht Species, also Theil einer geistigen Eigenschaft sein. Freilich darf man nicht vergessen, dass der Begriff der diligentia durch die Verbindung des Wortes mit praestare eine besondere Nuancirung erfährt. Derjenige, der Diligenz zu prästiren, zu vertreten hat, genügt seiner Verpflichtung nicht schon dadurch, dass er ein sorgfältiger Mensch ist, er muss sich auch als ein solcher zeigen, als ein solcher handeln. In der Verbindung mit praestare hat diligentia also die Bedeutung: sorgfältiges Verhalten, und ein Theil dieser Diligenz kann die custodia allerdings sein. Daraus erklärt sich l. 36 D. d. A. E. V. 17, 1[2]), die Bruckner (S. 77 Anm.) Schwierigkeiten bereitet. Die damni infecti stipulatio muss der Verkäufer interponiren, weil er dem Käufer diligentia und custodia zu prästiren hat, und weil zu den ihm hierdurch auferlegten Pflichten auch das Verlangen der cautio damni infecti gehört. Wenn es heisst: „pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem", so wird diligentia hier in

---

[1]) Vgl. vor allem Brinz, Pandekten II, 1 § 268 S. 262 f. — [2]) Paulus libro septimo ad Plautium. Venditor domus antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet, quia, antequam vacuam possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet et pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem: et ideo si id neglexerit, tenebitur emptori.

demselben Sinne gebraucht, welchen das Wort in dem unmittelbar voraufgehenden diligentiam praestare hat. Aber weder ist die Haftung für custodia auf denjenigen beschränkt, der Diligenz zu prästiren hat, noch hat jeder, der für letztere haftet, auch für custodia einzustehen, und das führt uns auf die verfehlte Nummer 5 des § 9: „Eine Custodiahaftung ergiebt sich überall da, wo die Leistung oder Rückgabe einer Sache in Frage kommt und dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältniss eine freie Klage zur Seite steht" (§ 7). Bruckner behauptet, dass derjenige, der die Sache für den Eigenthümer detinirt, verhaftet sei, „dieselbe Sache zurückzugeben, widrigenfalls er Schadensersatzpflicht zu gewärtigen hat". Also der Detentor muss immer Schadensersatz leisten, wenn die Sache nicht zurückgegeben wird? Dann haftet er ja unbedingt! Bruckner nimmt es mit der Restitution überdies sehr streng: „eine Restitution wird vom Rechte auch dann nicht als bethätigt erachtet, wenn eine Sache in beschädigtem Zustande zurückgegeben wird, res deterior reddita non est reddita". Der Detentor haftet also auch unbedingt für Beschädigung der Sache! Dass diese Sätze verkehrt sind, bedarf keines Beweises. Aus ihnen wird aber die Custodiahaftung abgeleitet: „Wenn also der Detentor für verhaftet erklärt wird, dem Eigenthümer dieselbe Sache zu restituiren, so haftet er für Erhaltung der Detention sowohl als der körperlichen Integrität derselben, mit einem Worte für custodia." In Wirklichkeit verhält es sich aber so, dass der Detentor nur dann haftet, wenn durch seine Schuld die unbeschädigte Rückgabe der Sache nicht erfolgt; für welchen Grad der Schuld er aber haftet, bestimmt sich nach dem Einzelfall, und nach diesem bestimmt sich auch, ob eine custodia überhaupt und was für eine zu leisten ist. Haftet der Detinent selbst für Diligenz, so ist damit immer noch nicht gesagt, dass er auch custodia zu leisten hat. Vielleicht musste jedem Bonus paterfamilias ein besonderer Schutz der Sache als durchaus überflüssig erscheinen[1]. Dann liegt auch keine Schuld des Detinenten vor, wenn er die Sache nicht schützte, er haftet dann also auch dem Eigenthümer nicht für custodia.

---

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten II § 37 S. 100.

Dem Satze: „Ueberall da, wo jemand zur Rückgabe einer Sache obligirt ist, haftet er für custodia“, muss also die Einschränkung hinzugefügt werden: „falls in der Nichtleistung derselben eine Schuld des Detinenten liegen würde“; und mit dieser Einschränkung ist der Satz eine Trivialität. Das Gesagte gilt auch für den andern Satz Bruckners: „Ueberall da, wo jemand zur (alsbaldigen) Leistung einer Sache an einen andern obligirt ist, haftet er für custodia.“ Die Nummer 5 in § 9 kommt also in Wegfall.

Dasselbe gilt von Nummer 7: „Daneben giebt es noch einen sachenrechtlichen Custodiabegriff, nämlich den der Besitzescustodia; wir definiren sie als die Möglichkeit für den Besitzer, die Detention seiner (beweglichen) Sache wieder zu erlangen.“ Bruckner handelt von dieser Besitzescustodia im § 3. Das, was er hier giebt, ist lediglich eine Wiederholung der bekannten Ausführungen Barons [1]), die bisher, soviel ich weiss, bei niemandem Beifall gefunden haben und Beifall auch nicht verdienen. Eine eingehende Widerlegung der Baronschen Ansicht erübrigt sich hier, man vergleiche vor allem, was Exner [2]) über dieselbe sagt. Nur soviel sei bemerkt: Dass bei den römischen Juristen die custodia auch in der Lehre vom Besitzerwerbe und -Verluste eine Rolle gespielt hat, ist unleugbar und auch sehr erklärlich. Denn Zweck der Custodia, der Obhut, der Beschirmung ist, fremde Einwirkungen, insbesondere Einwirkungen fremder Personen, von der Sache fernzuhalten. Befindet sich eine Sache in unserer Custodia, so sind fremde Personen der Regel nach von der Sache ausgeschlossen. Diese Ausschliessung fremden Einflusses ist aber das wesentlichste Kriterium des Besitzes. Es ist deshalb nicht eben verwunderlich, dass die römischen Juristen daran gedacht haben, den Erwerb und den Verlust des Besitzes an die Begründung und die Beendigung der custodia zu knüpfen. Dass für die Frage des Besitzerwerbes die custodia verwerthet worden ist, ergeben l. 3 § 3 und l. 51 D. d. A. v. A. P. 41, 2. In der Lehre vom Besitzverluste hat sich ihrer vornehmlich

---

[1]) Jherings Jahrbücher Bd. 7 S. 87 f. Vgl. über die „Custodia als Besitzform“ auch Pernice, Labeo II S. 339 f., dessen Aufstellungen mich ebenfalls nicht recht befriedigen. — [2]) Rechtserwerb durch Tradition S. 109—114.



der jüngere Nerva bedient, der sie, soweit es sich um bewegliche Sachen handelt, sogar zum Angelpunkte der ganzen Lehre gemacht hat. Hauptsächlich zwei Stellen kommen in Betracht: l. 47 und l. 3 § 13 D. d. A. v. A. P. In dem ersteren Fragmente berichtet Papinian, Nerva filius habe sich dahin geäussert, „quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit", eine Ausnahme indessen für Sklaven gemacht. Dass die blosse omissio custodiae den Besitzverlust noch nicht herbeiführt, wie Goldschmidt[1]) annimmt, geht aus dieser Stelle nicht hervor. Dass Nerva der entgegengesetzten Ansicht ist, beweist der Passus: „aliam causam esse hominis commodati omissa custodia", aus dem zugleich erhellt, dass durch die Hingabe der Sache in die Detention eines anderen die custodia noch nicht verloren geht; es heisst nicht: „omissa atque neglecta custodia" — wie Goldschmidt des öfteren sagt (vgl. S. 81. 83) —, es heisst: „neglecta atque omissa custodia", das Aufgeben der custodia geht also der Vernachlässigung nicht voraus, das Umgekehrte ist der Fall, vorausgesetzt, dass hier an eine zeitliche Aufeinanderfolge überhaupt zu denken ist. In l. 3 § 13 cit. wird eine Definition der custodia versucht. „Nerva filius res mobiles excepto homine quatenus sub custodia nostra sunt, hactenus possideri, id est quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus". Diese Begriffsbestimmung muss frappiren. Denn wie kommt die custodia, die die Sicherung der Sache gegen Dritte bezweckt, also die äussere Lage der Sache betrifft, dazu, ein Verhältniss der Sache zum Besitzer zu bedeuten. Diese Begriffsbestimmung rührt auch nicht von Nerva her, — sonst müsste es heissen: „id esse" —, ihr Urheber ist vielmehr Paulus, dessen Edictscommentar die ganze l. 3 entnommen ist. Im Zusammenhang mit der custodia steht das Princip des Paulus — Möglichkeit beliebiger Reproduction des körperlichen Besitzes — aber doch. Denn so lange sich die Sache in unserer custodia befindet, ist jede fremde Einwirkung auf sie ausgeschlossen, so lange dies aber der Fall ist, steht uns nichts im Wege, jederzeit unmittelbar körper-

[1]) Festgaben für v. Gneist S. 81 f.

lich über die Sache zu verfügen. Soll die Definition des Paulus überhaupt in irgend einer Beziehung zur custodia stehen, so muss man das „si velimus“ also allerdings „objectiv“ nehmen, „d. h. mit Bezug auf das Verhältniss nach aussen“. (Bruckner S. 26.) Aber auch die Paulinische Formulirung des Custodiabegriffs reicht nicht aus zur Erklärung der Sätze, welche die römische Jurisprudenz über den Besitzverlust beweglicher Sachen aufgestellt hat. „Quidam recte putant columbas quoque quae ab aedificiis nostris volant, item apes, quae ex alveis nostris evolant et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri[1]). Hier liegt weder eine custodia im eigentlichen Sinne vor, die ausgeflogenen Tauben und die ausgeschwärmten Bienen sind vielmehr dem Zugriffe jedes Dritten ausgesetzt, noch die Möglichkeit, den körperlichen Besitz jederzeit zu reproduciren, ich muss vielmehr warten, bis es den Thieren beliebt, zu mir zurückzukehren. Und eine derartige Fortdauer des Besitzes vertritt bereits Celsus[2]), das beweist, dass das Custodiaprincip, sei es im eigentlichen Sinne des Wortes, sei es im Sinne des Paulus, niemals das Princip der römischen Jurisprudenz als solcher gewesen ist, dass mindestens seit Celsus Thatbestände anerkannt worden sind, in denen der Besitz trotz Verlustes der custodia fortdauert. Die Lehre Nervas ist ebenso wie die Barons eine blosse wissenschaftliche Theorie, ebenso wie diese stellt sie einen Versuch dar, die schwierige Frage des Besitzverlustes bei beweglichen Sachen zu lösen. Freilich unterscheidet sie sich darin recht sehr von der Baronschen Ansicht, dass sie erheblich grösseren Beifall und Einfluss erlangt hat als diese.

Der zweite Abschnitt des Brucknerschen Buches behandelt die custodia im technischen Sinne. Dass dieser Abschnitt viel des Anregenden bietet, dass er reiche Quellenkenntnisse, eine erhebliche juristische Kraft verräth, ist ohne weiteres zuzugeben. Aber Anhänger wird Bruckner schwerlich finden. Zwar ist einzuräumen, dass die Quellen eine custodia im technischen Sinne kennen, aber ihren Begriff zu bestimmen und

---

[1]) L. 3 § 16 D. eod. Vgl. auch Gaius II § 68, Coll. XII, 7 § 10, l. 8 § 1 D. fam. erc. 10, 2. — [2]) Coll. XII, 7 § 10.

ihre Bedeutung für das Justinianische Recht klarzustellen, ist Bruckner nicht gelungen. Es ist dies freilich auch nicht eben leicht und zwar insbesondere deshalb nicht, weil im corpus iuris civilis eine zwiefache Auffassung vorkommt: die eine lässt den zur custodia im technischen Sinne Verpflichteten unbedingt, d. h. für Zufall einstehen, die andere lässt ihn nur wegen Schuld haften. Dass ein solcher Widerspruch innerhalb der Justinianischen Compilation vorhanden ist, wird freilich im allgemeinen nicht anerkannt, theils wird geleugnet, dass sich die erstgenannte, theils dass sich die zweite Meinung vertreten findet. Jenes thut die herrschende Meinung, welcher sich auch Gerth anschliesst, Bruckner dagegen legt alles Gewicht auf diejenigen Stellen, aus denen sich eine unbedingte Haftung des zur custodia Verpflichteten ergiebt. Er weist zunächst (§§ 13. 14), und mit vollem Recht, darauf hin, dass von den Quellen die actio furti mitunter dem Detentor und nicht dem Eigenthümer der Sache gegeben, und diese Competenz durch die Custodiahaftung des ersteren erklärt wird. Die Hauptbelegstelle ist Gaius III §§ 205—207[1]), in den Justinianischen Institutionen §§ 15 (17) bis 17 (19) d. obl. q. e. del. nasc. 4, 1, wo vom fullo und sarcinator, sowie vom Commodatar die Rede ist. In Betracht kommt ferner die vom nauta und caupo handelnde l. un. § 4 D. furt. adv. naut. 47, 5[2]). Es ist Bruckner ohne weiteres zugegeben, dass aus

---

[1]) Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare. Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat, tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo (malo) fecerit. Quae de causa (si) res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur, nec ob id eius interest, rem salvam esse, furti (itaque) agere non potest, sed ea actio domino competit. — [2]) Ulpiamus libro XXXVIII ad edictum. Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse

der alleinigen Competenz des Detentors zur actio furti auf seine unbedingte Haftung für Diebstahl zu schliessen ist, und dass, da diese Competenz auf seine Haftung für custodia zurückgeführt wird, diese ein unbedingtes Einstehen für Diebstahl zur Folge haben muss. Dieses Ergebniss bestätigt die l. 52 § 3 D. pr. soc. 17, 2, welche dem Socius, der eine Sache mit einer Taxe empfangen hat, schlechthin für Diebstahl einstehen lässt, „quia custodiam praestare debuit“ (Gerth S. 30, 36) [1]).

Für die Natur der Custodiahaftung als einer unbedingten Haftung sprechen ferner diejenigen Stellen, in welchen von bestimmten Personenclassen neben der allgemeinen Haftung für diligentia eine Haftung für custodia gefordert wird. So heisst es in der l. 5 § 15 D. comm. v. c. 13, 6 vom Miether und Commodatar: „et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere“. In der l. 1 § 35 D. dep. v. c. 16, 3 wird von dem Depositar, der sich aufgedrängt hat, gesagt: „ut non solum dolum sed etiam culpam et custodiam praestet“. Die Klage gegen den Faustpfandgläubiger wird in der l. 13 § 1 D. d. pign. act. 13, 7 so charakterisirt: „Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit.“ Dasselbe besagt die l. 19 C. d. pign. 8, 13 (14): „Sicut vim maiorem creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.“ In den sententiae des Paulus II, 4 § 3 heisst es: „Custodia enim et diligentia rei commodatae praestanda est.“ In diesen Stellen wird von dem Detentor eine Bewachung der Sache gefordert ohne Rücksicht darauf, ob die Beobachtung der diligentia diligentis patris familias eine solche Bewachung fordert oder nicht. Auch dann, wenn der bonus paterfamilias jede Bewachung für überflüssig erachtete, muss der zur custodia Ver-

---

habet, quia recipiendo periculum custodiae subit.“ Die von Bruckner S. 211 und Anm. 1 noch ausserdem angeführten Stellen sind für sich allein nicht beweisend. Dasselbe gilt von l. 14 § 17 D. de furt. (siehe S. 54 Anm. 1). Dass hier dem Boten die a. furti unter Ausschliessung des Absenders resp. des Adressaten zustehe, ist nicht gesagt.

[1]) Von einem Custodiaversprechen, wie Gerth (S. 40) annimmt, ist mit keinem Worte die Rede.



pflichtete bewachen. Es fragt sich aber: Wie muss er bewachen? Genügen mechanische Vorrichtungen? genügt eine Bewachung durch Thiere? genügt eine Bewachung durch fremde Personen? durch was für Personen? oder muss der zur custodia Verpflichtete selber bewachen? auch bei Nacht? Solche und noch hundert ähnliche Fragen könnten aufgeworfen werden. Eine Lösung derselben aus dem Principe der Diligenz ist unmöglich, denn der für custodia Haftende muss ja ausser dieser noch diligentia prästiren. Können wir uns aber des Maassstabes der Diligenz nicht bedienen, so fehlt es uns überhaupt an einem Massstabe, „über die Sorgfalt eines diligens paterfamilias hinaus liegt nur die Sorgfalt eines Narren". Es bleibt dann nur eine unbedingte Haftung übrig.

Die Ansicht Bruckners, dass die Custodiahaftung eine unbedingte Haftung sei, findet also allerdings in den Quellen Bestätigung. Aber gewiss nicht die Definition, welche Bruckner von dieser Custodiahaftung giebt. Er verwendet hier nämlich die unglückselige Besitzescustodia (§ 18, vgl. auch S. 185). Die Garantiecustodia, wie er die custodia im technischen Sinne treffend nennt, umfasst nach ihm „alle die Fälle, wo eine Restitution der Sache deswegen nicht möglich ist, weil die Sache sich beim Schuldner nicht mehr vorfindet". „Den schönsten Beweis für die Richtigkeit dieses Satzes findet er (S. 185) in der l. 13 Pr. D. comm. v. c. 13, 6, wo es heisst: „Is qui commodatum accepit, si non apparentis rei nomine commodati condemnetur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei praestet." Selbst wenn man Bruckner zugeben wollte, es werde hier gesagt, dass der Commodatar immer verurtheilt werden müsse, wenn sich die Sache bei ihm zur Rückgabezeit nicht mehr vorfinde — wovon die Stelle doch offenbar kein Wort enthält —, so ist damit doch immer noch nicht gesagt, dass diese Verurtheilung gerade wegen der Custodiahaftung des Commodatars zu erfolgen habe. Unter den Unfällen, die infolge der Prästation der Garantiecustodia zu vertreten sind, nennt Bruckner neben dem eigentlichen furtum auch den Raub (rapina, effractura latronum). Belegstelle ist ihm die l. 2 § 22 D. vi bon. rapt. 47, 8 [1]), die er aber falsch

---

[1]) Ulpianus libro LVI ad edictum. In hac actione non utique



versteht (S. 174 f.). „Ex bonis" („ex substantia") „aus dem Vermögen" erklärt er: „wenn das Vermögen (substantia) des Betreffenden durch den Raub der Sache eine Einbusse erlitten hat". „Die Sache ist in diesem Falle aus seinem Vermögen weggenommen, obwohl sie nicht in demselben war, indem durch die Thatsache des Raubes selbst ein minus in seinem Vermögen entstand, und zwar ein minus, das, sofern es sich um Haftung handelt, der res ablata äquivalent ist." Die zutreffende Erklärung dieser kaum misszuverstehenden Stelle giebt bereits Keller (Semestria ad Ciceronem lib. 3 p. 550): „Non illud spectamus, an actoris fuerunt res ablatae sive ex iure Quiritium sive in bonis, sed sufficit inter bona eius, quum raperentur, ex facto magis quam certo iure fuisse, dummodo ne plane nihil actoris interest eas res ablatas." Diese weitgehende Competenz zur a. vi bonorum raptorum erklärt sich daraus, dass in Rom ein erhebliches öffentliches Interesse daran bestand, Räubereien der gerechten Bestrafung nicht entgehen zu lassen. War die a. vi bonorum raptorum doch eingeführt worden, um den Gewaltthätigkeiten, an welche man sich in den Bürgerkriegen gewöhnt hatte, zu steuern [1]). Dass die Competenz zur a. vi bonorum raptorum in späterer Zeit eine ausgedehntere gewesen sei als in der früheren, wie Bruckner (S. 175 Anm. 1) behauptet, ist ganz unbeweisbar. Mit der Custodiahaftung hat die Berechtigung zur Anstellung der a. vi bonorum raptorum also nichts zu thun. — Noch weniger kann man sich damit einverstanden erklären, wenn Bruckner auch solche Fälle als Kraft der Garantiecustodia zu vertretende aufführt, in denen der Schuldner selbst sich der Detention begiebt, z. B. die Vertauschung, das Verlieren und Nichtauffinden, die absichtliche (dolose) Dereliction der Sache.

---

spectamus rem in bonis actoris esse: sive in bonis sit sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum haec actio habebit. Quare sive commodata res sit sive locata sive etiam pignerata proponatur sive deposita apud me sic, ut intersit mea eam non auferri, sive bona fide a me possideatur, sive usumfructum in ea habeam vel quod aliud ius, ut intersit mea non rapi: dicendum est competere mihi hanc actionem, ut non dominium accipiamus, sed illud solum, quod ex bonis meis, hoc est ex substantia mea res ablata esse proponatur.

[1]) Vgl. v. Savigny, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. V S. 126 f.

Denn was haben diese Fälle mit einer Custodiapflicht des Detinenten zu thun? Die custodia kann sich doch immer nur auf äussere, d. h. nicht durch unser eigenes Thun herbeigeführte Unfälle beziehen[1]). Und wenn das Recht jemandem die Pflicht zur custodia mit der Wirkung einer unbedingten Haftung auferlegt, so kann dies doch nur heissen, der für custodia Haftende habe alle diejenigen die Sache betreffenden Ereignisse zu vertreten, deren Abwehr Zweck der custodia — der Bewachung, Beschirmung, Behütung der Sache — ist, zu deren Abwehr die custodia aber auch ausreicht. Raub vertritt deshalb der Custodient nicht, „custodia adversus vim parum proficit"[2]), nur durch Gewalt kann Gewalt vertrieben werden. Noch ohnmächtiger ist die custodia gegenüber Naturereignissen. Natürlich kann der Custodient auch wegen einer durch Naturereignisse herbeigeführten Vernichtung oder Beschädigung der Sache haftbar werden, aber nur wenn er in Schuld war, mit der Garantiecustodia hat diese Haftung nichts zu thun. Zu vertreten ist dagegen der Diebstahl, die Diebstahlshaftung ist sogar die wichtigste Folge der Custodiapflicht. Zu vertreten ist ferner das Entlaufen des Viehes, wie aus § 3a I. d. empt. e. vend. 3, 23 zu schliessen ist, wohl auch die Beschädigung durch Thiere, wie aus der in l. 2 pr. D. si quadr. paup. fec. dic. 9, 1[3]) angegebenen Competenz zur actio de pauperie zu entnehmen sein möchte. Zweifelhaft ist es, ob der Custodient auch für damnum iniuria datum aufzukommen hat. Man wird unterscheiden müssen: Handelt es sich um Beschädigungen der Sache durch unmittelbare Einwirkungen auf dieselbe, so haftet der Custodient, denn solche Beschädigungen zu verhüten, ist ebenfalls Zweck der Bewachung. Für andere Sachbeschädigungen hat der Custodient dagegen nicht einzustehen, sie sind durch blosse Bewachung nicht abzuwenden. Es liegt auch kein Grund vor, die Custodiahaftung auf Mobilien zu beschränken, nur dass bei Immobilien ihr Hauptanwendungsfall, die Haftung für furtum, in

---

[1]) Vgl. Brinz II § 268 und Bruckner selber S. 31 f. — [2]) L. 31 pr. D. d. A. E. V. 19, 1. — [3]) Paulus libro XXII ad edictum. Haec actio non solum domino, sed etiam ei, cuius interest, competit veluti ei, cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur, damnum videntur pati.

Wegfall kommt. Dass sie indessen hier nicht ganz ausgeschlossen gewesen, beweist die früher citirte l. 36 d. A. E. V. und die l. 29 loc. cond. 19, 2[1]), wo von dem Pächter der Staatsforsten eine unbedingte Haftung für den Schutz derselben gefordert wird.

Das, was Bruckner über die Entstehung der technischen custodia sagt (§ 17), kann man unterschreiben. Gewiss wird ihr Ursprung in dem Custodiaversprechen zu suchen sein, welches man allmählich subintelligirte. Die Garantiecustodia hat sich danach im allgemeinen im Wege des Gewohnheitsrechts herausgebildet, in Einem Falle beruht sie indessen auf dem prätorischen Edict: beim receptum nautarum cauponum stabulariorum. Dieses Edict mag aus einer Zeit stammen, in welcher sich die vertragsmässige Custodiahaftung noch nicht zur gewohnheitsrechtlichen verdichtet hatte[2]). Gerade beim receptum lag ausserdem in besonders hohem Maasse das Bedürfniss nach einer strengen Haftung vor: „quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere“ (l. 1 § 1 D. naut. caup. stab. 4, 9). Es ist daher nicht eben verwunderlich, dass der Prätor diesen Fall dem schwankenden Gewohnheitsrecht entzog und ihn auf die feste Basis des Gesetzes stellte. An eine durch das Edict erfolgte Verschärfung der Haftung über das Gewohnheitsrecht hinaus braucht man doch nicht gerade nothwendig zu denken. — Welche Personen in Rom sonst noch für technische custodia zu haften hatten, lässt sich mit Sicherheit nicht bestimmen. Nach den bisher erwähnten Stellen wären es der Commodatar, der conductor, gewisse conductores operis, der Depositar, der sich aufgedrängt hat, der Faustpfandgläubiger, der Socius, der eine Societätssache ästimirt empfing, vielleicht der Verkäufer, hinzu kommt jedenfalls der horrearius (l. 55 pr., l. 60 § 9 D. loc. cond. 19, 2). Bruckner verlangt in Uebereinstimmung mit Brinz[3]) custodia im technischen Sinne von allen denjenigen Besitzern in fremden Namen, welche diligentia diligentis patris familias prästiren und zugleich die Sache durch den Willen des Eigenthümers in ihre Hände bekommen haben (S. 143). Es kann

[1]) Pernice II S. 352. 360. Vgl. Brinz § 268 Anm. 2. — [2]) Vgl. Pernice S. 348 und Anm. 9, S. 351 Anm. 25, Brinz S. 269 Anm. 42, Lehmann in dieser Zeitschrift Bd. 9 S. 117. — [3]) § 269 S. 267 f.



sein, dass er Recht hat, beweisen lässt es sich nicht. Die l. 86 (85) D. d. furt. 47, 2, auf welche sich Brinz und Bruckner stützen, ist jedenfalls unerheblich [1]).

Wenn so durchaus zuzugeben ist, dass die Ansicht: die Custodiahaftung komme in den Quellen im Sinne einer unbedingten Haftung vor, wohlbegründet ist, so giebt es doch auch zahlreiche Stellen, welche dieser Auffassung der custodia ganz und gar widersprechen. Bruckner selber führt die wichtigsten derselben mit anerkennenswerther Ehrlichkeit auf. Zunächst die l. 14 § 10 D. d. furt: „An pater cuius filio commodata res est, furti actionem habeat, quaeritur. Et Iulianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat: sicut, inquit, is qui pro eo, cui commodata res est, fideiussit, non habet furti actionem. Neque enim, inquit, is cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit: quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat.“ Hier wird gesagt, dass nicht jedem die actio furti zusteht, der irgend ein Interesse an der Erhaltung der Sache hat, sondern nur demjenigen, der den Diebstahl verschuldet hat. Da nun im zweiten Satze der Stelle die Diebstahlshaftung des Vaters des Commodatars mit der Begründung verneint wird, dass derselbe nicht custodia zu prästiren habe, so ergiebt sich das Resultat, dass nach der Ansicht Julians, die Ulpian adoptirt, die Haftung für custodia eine Haftung für culpa ist. Der § 12 eod. lautet: „Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res.“ Also auch hier wieder die Haftung für Diebstahl keine unbedingte, sondern eine durch Schuld bedingte. Bruckner allegirt ferner mehrere vom Pfandgläubiger handelnde Stellen. Zunächst die l. 5 C. d. act. pign. 4, 24: „Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit restituere id non cogitur: sed si culpae reus deprehenditur vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet“. Hier wird der Faustpfandgläubiger vom Ersatze befreit, wenn ihm die verpfändete Sache ohne seine Schuld abhanden gekommen ist. Dasselbe besagt l. 8 eod. [2]),

---

[1]) Siehe unten S. 49 Anm. 1. — [2]) Si nulla culpa aut segnitia



sowie § 4 I. qu. mod. re contr. obl. 3, 14[1]). Auch die l. 10 § 1 und die l. 20 D. comm. v. c. 13, 6[2]) stehen der Auffassung der Custodiahaftung als einer unbedingten entgegen. Das „aeque" der ersteren Stelle bezieht sich auf den vorhergehenden Satz zurück, der „inspector" haftet während der Zeit, wo die Sache durch einen von ihm gewählten Boten zurückgebracht wird, in gleicher Weise für Schuld wie vorher, d. h. wie während der Zeit, wo sich die Sache noch bei ihm selber befand. Da nun für diese letztere Zeit nach dem Wortlaute der Stelle custodia zu prästiren war, so ergiebt sich, dass die Custodiahaftung eine Haftung für Schuld ist. Die l. 20 cit. entscheidet die in ihr erörterte Frage aus dem Principe der culpa in eligendo. Der Commodatar hat für den Verlust der Sache, der sich beim Zurückbringen derselben durch Abfangen des vom Commodatar ausgesuchten Ueberbringers zugetragen hat, nur dann aufzukommen, wenn er bei der Auswahl des Boten unvorsichtig gewesen ist.

Diese Stellen widersprechen der Annahme, die Haftung für custodia sei eine Haftung für Zufall, durchaus. Sie lassen sich mit denjenigen Stellen, welche die Custodiahaftung in dieser Weise charakterisiren, nicht vereinigen. Auch Bruckner

---

creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum eius minime pertinet. Sane si simulata amissione etiam nunc eadem pignora, ut adseveras, a parte diversa possidentur, adversus eum experiri potes.

[1]) Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere. — [2]) L. 10 § 1: Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. Et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit: si sui, et custodiam: et ideo furti habebit actionem. Sed etsi dum refertur periit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit: si vero ipse cui voluit commisit, aeque culpam mihi praestabit, si sui causa accepit. L. 20: Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.

ist diese Vereinigung keineswegs gelungen. Seine Hauptargumentation bildet die Behauptung, dass die römischen Juristen „die unbedingte Custodiahaftung als Haftung für eine vom Gesetze fingirte culpa betrachtet hätten" (S. 182). Zum Beweise beruft er sich (S. 181) lediglich auf eine Aeusserung des Theophilus, dessen Auffassung doch gewiss nicht so ohne weiteres mit denen der Pandektenjuristen identificirt werden darf. Dass diese die Custodiahaftung als eine Haftung für fingirte culpa nicht erachtet haben, geht aus l. 3 § 1 D. naut. caup. stab. 4, 9 klar hervor, wo von Ulpian zustimmend eine Aeusserung des Pomponius citirt wird, der als Grund für die Einführung der besonderen Haftung ex excepto angiebt: „quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est." Die Haftung des Recipienten, welche hier als eine Haftung für Zufall charakterisirt wird, ist die Custodiahaftung[1]). Wenn aber die römischen Juristen die Haftung des Custodienten als eine Haftung für fingirte Schuld betrachtet hätten, dann hätten sie dies gewiss doch auch immer gethan. Wenn sie an der einen Stelle culpa im Sinne einer wirklichen Schuld, an der anderen im Sinne einer bloss fingirten Schuld nehmen, woran erkennt man denn eigentlich, welche von beiden sie meinen? — Das, was Bruckner über die einzelnen „kritischen" Stellen sagt, ist im wesentlichen belanglos. Dass in der l. 14 § 12 cit. „culpa" lediglich im Sinne von „nicht dolos" zu verstehen ist, kann doch unmöglich zugegeben werden. Da hätte sich Ulpian doch anders ausdrücken müssen, wie er sich auch in § 8 eod. anders ausgedrückt hatte. Die Auffassung, dass der Jurist habe sagen wollen, der conductor rei habe die actio furti, „insofern der Diebstahl nur nicht ohne seine Schuld vorgekommen sei", bezeichnet Bruckner (S. 193) als eine schlechterdings unmögliche; sehr mit Unrecht. Furti actionem habere heisst: zur actio furti legitimirt sein, darüber kann kein Zweifel sein. Selbstverständlich kann es nun auch vorkommen, dass ein ganz schuldloser Detentor der Sicherheit halber die actio furti anstellt, es liegt in dieser Anstellung auch durch-

---

[1]) S. unten S. 57, 58.

aus kein Schuldbekenntniss, aber wenn er vor der Verurtheilung des fur seinerseits freigesprochen wird, so ist auch der fur freizusprechen, denn es hat sich jetzt herausgestellt, dass der Detentor zur Diebstahlsklage gar nicht legitimirt war. Die von dem Faustpfandgläubiger handelnden Stellen sucht Bruckner lediglich durch die angebliche Auffassung der römischen Juristen von der Haftung für Garantiecustodia als einer Haftung für fingirte Schuld zu beseitigen (vgl. S. 198 Anm. 5 und dagegen Gerth S. 51 Anm. 1). In der l. 10 § 1 und der l. 20 comm. v. c. operirt er mit der custodia als der „Möglichkeit, die Detention der Sache wieder unmittelbar zu erlangen“.

Zu den von Bruckner selber im § 21 als kritisch bezeichneten Stellen kommen aber noch mehrere andere hinzu, die ebenfalls der Ansicht, der zur custodia Verpflichtete hafte für Zufall, entgegenstehen. Es kann ganz abgesehen werden von den zahlreichen Fragmenten, in welchen von denjenigen, welche „domini voluntate rem tenent“ nur eine Haftung für culpa oder diligentia verlangt, die custodia aber überhaupt nicht erwähnt wird[1]). Nur folgende Stellen seien angeführt: In der l. 1 § 35 D. dep. v. c. 16, 3 wird von dem sich aufdrängenden Depositar gesagt, dass er zwar culpa und custodia, aber nicht casus fortuiti prästire. Die Custodiahaftung kann hiernach keine Haftung für Zufall sein. Wenn Bruckner meint (S. 277), es werde hier als „selbstverständlich nicht weiter erwähnt, dass, was die custodia anlange, nur vis maior sich als casus fortuitus ergeben könne“, so ist das lediglich willkürlich. Selbstverständlich ist in der Jurisprudens überhaupt nichts. Auch § 5 I. d. cond. et loc. 3, 24[2]), weist Bruckner

[1]) Man sehe vor allem die l. 23 D. d. R. J. Auch die l. 86 (85) D. d. furt., auf welche Bruckner ein so grosses Gewicht legt, gehört hierher. Da im zweiten Satze der Stelle die culpa genannt wird, so ist anzunehmen, dass auch der erste Satz an einen culpos verursachten Diebstahl denkt. Sonst wäre die Gegenüberstellung beider Sätze (autem) nicht zu verstehen. Vgl. auch l. 18 pr. D. comm. v. c. 13, 6 (Gerth S. 31), l. 22 pr., l. 30 D. d. pign. act. 13, 7 (Bruckner S. 214 f., Gerth S. 32). — [2]) Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus ad-

kurz von der Hand (S. 277 Anm. 1), und doch ist auch diese Stelle bedeutungsvoll, da aus ihr hervorgeht, dass auch die Custodiapflicht des Miethers nicht eine Haftung für Zufall in sich schliesst. Man sehe ferner die l. 3 D. d. P. e. C. 18, 6: „Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem quam in suis rebus adhiberet". Hier wird an die vom Commodatar zu prästirende custodia der Massstab der Diligenz gelegt, auch die Custodiahaftung des Commodatars kann hiernach keine Haftung für Zufall sein. Hiermit stimmen überein l. 1 § 4 D. d. O. e. A. 44, 7 und der mit ihr fast gleichlautende § 2 I. quib. mod. re contr. obl. 3, 14 (Gerth S. 31. 32), wo vom Commodatar eine „exactissima" resp. eine „exacta" diligentia custodiendae rei gefordert und betont wird, dass es für ihn nicht genüge, „eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit". Vom Commodatar handelt auch l. 5 § 5 D. comm. v. c. (Gerth S. 30. 48 f.). Sie verlangt von ihm die Prästation einer diligens custodia. — Man darf dreist behaupten, dass weit zahlreichere Stellen gegen als für die unbedingte Custodiahaftung sind.

Es fragt sich nun: wie kommt dieser Widerspruch in die Quellen? Es handelt sich nicht um einen Dissens unter den Juristen, so dass der eine dieser, der andere jener Meinung gefolgt wäre. Denn derselbe Jurist vertritt an der einen Stelle die Haftung für casus, an der anderen die Haftung für Schuld. Die Erklärung des Widerspruches liegt vielmehr in der historischen Entwickelung. Es handelt sich in denjenigen Stellen, welche eine Garantiecustodia anerkennen, lediglich um eine historische Reminiscenz. Die Garantiecustodia hat schon in den Zeiten der classischen Jurisprudenz keine Realität mehr gehabt. Erhalten bis in das Justinianische Recht hat sie sich nur beim receptum nautarum cauponum stabulariorum und bei der locatio horreorum.

Bruckner selber führt aus, dass die Custodiahaftung „viel älter als die Haftung für culpa" sei (S. 177 und Anm. 1).

---

hibet. Quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

Unter Haftung für culpa versteht Bruckner Haftung für diligentia diligentis patris familias. Doch war beides ursprünglich nicht dasselbe[1]). Culpa ist ursprünglich nur culpa in faciendo gewesen, eine Bedeutung, welche das Wort bei der stricti iuris obligationes auf das Geben einer bestimmten Sache auch noch im späteren Recht hat (l. 91 pr. D. d. V. O. 45, 1, Bruckner S. 64). Die Haftung für Diligenz ist erst verhältnissmässig spät aufgekommen und hat sich nur sehr allmählich über das Gebiet der bonae fidei iudicia verbreitet. Die l. 23 D. d. R. I. beweist, dass noch bis in die Zeit Ulpians hinein sich die Unterscheidung zwischen culpa und negligentia wenigstens nominell erhalten hatte. Es ist nun klar, dass die blosse Culpahaftung des Detentors — culpa im alten Sinne des Wortes genommen — den Eigenthümer durchaus nicht genügend sicherte, für das furtum Dritter haftete danach der Detentor niemals. Aushilfe gewährte die erst vertragsmässige, dann gewohnheitsrechtliche Custodiahaftung. Durch das Aufkommen der Diligentiapflicht änderte sich die Situation zu Gunsten des Eigenthümers um vieles. Ihm wurde jetzt alles, was er billigerweise verlangen konnte, denn wie Bruckner (S. 99) ganz zutreffend bemerkt, „er könnte ja auch nicht mehr für die Sache thun, als sein Schuldner zu thun vom Rechte gehalten ist". Ein Bedürfniss nach einer unbedingten Haftung lag regelmässig nicht mehr vor. Zudem musste man in dieser unbedingten Haftung vom Standpunkte der Diligentiatheorie aus eine schwere Ungerechtigkeit erblicken. Denn wie konnte man von einem Menschen mehr verlangen, als dass er handelte wie ein bonus paterfamilias? Es ist deshalb kein Wunder, dass eine Reaction gegen die unbedingte Custodiahaftung eintrat, es ist auch nicht zweifelhaft, dass diese Reaction von der Jurisprudenz ausging, der ja das Recht auch der Diligenzbegriff verdankte. Dagegen lässt sich weder sagen, wann diese Reaction begonnen hat, noch welche Entwickelungsstadien sie durchgemacht hat. Kein schlechthin entscheidendes Gewicht ist auf l. 91 (90) D. d. furt.[2]) zu legen, in

[1]) Man vergleiche Stellen wie l. 5 § 3 D. comm. v. c., l. 23 D. d. R. I. Siehe auch Pernice, Labeo S. 284 f., S. 330 f., Dernburg, Pandekten II § 37 S. 99. — [2]) Iavolenus libro nono ex posterioribus Labeonis: Fullo actione locati de domino liberatus est: negat eum furti

welcher eine Ansicht des Labeo wiedergegeben wird. Denn diese Stelle lässt sich auch mit der Annahme einer unbedingten Custodiahaftung vereinen. Die Freisprechung des fullo braucht nicht nothwendig deshalb erfolgt zu sein, weil er ohne culpa war, sie kann auch lediglich auf einem Versehen des Richters beruht haben oder darauf, dass die Custodiahaftung in dem betreffenden Falle nicht in Betracht gekommen, z. B. weil Gewalt angewendet worden war (vgl. Bruckner S. 194 f.). Auch l. 5 § 13 D. comm. v. c. 13, 6 und l. 30 D. d. pign. act. 13, 7 [1]), wo es sich um Aeusserungen des Cartilius resp. des Alfenus Varus handelt, sind nicht durchaus beweiskräftig. Denn auf die hier besprochenen Verlustfälle bezog sich die Custodiahaftung möglicherweise nicht. Gegner wenigstens der unbedingten Haftung für Sachbeschädigung scheint Celsus gewesen zu sein [2]). Einen wesentlichen Antheil an der Beseitigung der Custodiahaftung hat jedenfalls Julian gehabt. Sowohl die Haftung für Sachbeschädigung wie diejenige für Diebstahl stellt er unter die Normen der Haftung für Diligenz. In ersterer Beziehung kommt in Betracht die l. 19 D. comm. v. c. 13, 6: „Ad eos qui servandum aliquid conducunt aut

---

recte acturum Labeo. Item si furti egisset, priusquam ex locato cum eo ageretur et, antequam de furto iudicaretur, locati actione liberatus esset, et fur ab eo absolvi debet. Quod si nihil eorum ante accidisset, furem ei condemnari oportere. Haec idcirco, quoniam furti eatenus habet actionem, quatenus eius interest.

[1]) L. 5 § 13 D. comm. v. c.: Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem, et servus lancem perdiderit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam: quare culpam in eam quoque praestandam. Plane si servus cum ea fugerit, eum qui commodatum accepit non teneri, nisi fugae praestitit culpam. — L. 30 D. d. pign. act.: Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. Si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandum, non vim maiorem. — [2]) Vgl. das „incendium" der l. 52 § 3 D. pr. soc. 17, 2, wo Celsus das Wort führt (siehe auch unten S. 61). Auf den Schlusssatz der l. 14 § 10 D. d. furt.: „quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat", ist dagegen kein Gewicht zu legen, da sich derselbe wohl nur auf die hier speciell zur Entscheidung stehende Frage — „an pater, cuius filio commodata res est, furti actionem habeat" — bezieht.

utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?" Bedeutsam an diesem Ausspruch ist weniger die Entscheidung als die Begründung. Eine Haftung wegen Sachbeschädigung wird deswegen abgelehnt, weil letztere durch keinerlei Sorgfalt verhütet werden könne. Damit wird geleugnet, dass die in der Stelle genannten Detentoren überhaupt unbedingt haften, nicht bloss, dass sie für Sachbeschädigung unbedingt haften. Die Aeusserung Julians wurde später als zu weit gehend von Marcellus etwas eingeschränkt[1]), von einer unbedingten Vertretung der Sachbeschädigung ist aber auch bei ihm keine Rede. Von Julian rührt aber auch der oben bereits citirte, von Ulpian in der l. 14 § 10 D. d. furt. wiedergegebene Ausspruch her, dass nur derjenige die actio furti habe, „qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit". In diesen Worten liegt die Leugnung jeder unbedingten Haftung für Diebstahl. Julian ist ferner Autor der allerdings weniger beweiskräftigen l. 20 D. comm. v. c. Julian ist es endlich auch, der sich dahin ausspricht[2]), dass der sich zum depositum Aufdrängende zu prästiren habe „non solum dolum sed etiam culpam et custodiam, non tamen casus fortuitos". — Ob und inwieweit die unbedingte Custodiahaftung noch in der Jurisprudenz nach Julian bewusste Vertreter gefunden hat, lässt sich mit Bestimmtheit nicht sagen. Dass sich in den Quellen Aussprüche finden, die von nachjulianischen Juristen herrühren und die ihrem Wortlaute nach eine unbedingte Haftung anerkennen, wissen wir bereits. Diese Autoren als bewusste Vertreter der Auffassung der Custodiahaftung als einer Haftung für Zufall zu betrachten, muss man aber doch Bedenken tragen, da sie sich an anderen Stellen wieder für die blosse Diligentiaprästation aussprechen.

So Ulpian. In der l. 15 § 15 D. comm. v. c. billigt er die Ansicht des Celsus, nach welcher Miether und Commodatar „et dolum et culpam et diligentiam et custodiam" zu prästiren haben. In der l. 52 § 3 D. pr. soc. stimmt er dem

---

[1]) Vgl. l. 41 D. loc. cond. 19, 2 S. 57. — [2]) Nach dem Berichte Ulpians in der wiederholt erwähnten l. 1 § 35 D. dep. v. c.



Celsus darin bei, dass der Socius, der die Sache ästimirt empfing, für custodia haftet und deswegen einen an der Sache begangenen Diebstahl zu vertreten hat. In der — allerdings sehr zweifelhaften — l. 14 § 17 D. d. furt. [1]) lässt er den Boten, der Geld für die Ueberbringung eines Briefes empfängt, custodia prästiren und stellt ihn hinsichtlich der Berechtigung, die actio furti anzustellen, dem caupo und magister navis gleich. In der l. 1 § 35 D. dep. v. c. ist er dagegen der Meinung des Julian, nach welcher der Custodient für Zufall nicht einzustehen hat. Von Ulpian rühren ferner l. 10 § 1 D. comm. v. c. und l. 14 § 12 D. d. furt. her, in welchen, wie ausgeführt, die Haftung desjenigen, der eine Sache zur Besichtigung erhalten hat, sowie die des Miethers auf culpa, d. h. auf diligentia diligentis patris familias, beschränkt wird. Ulpian ist endlich auch Autor der l. 5 § 5 D. comm. v. c., wo als die vom Commodatar zu prästirende custodia die „custodia diligens“ genannt wird. Danach ist klar, was Ulpian auch in den drei ersterwähnten Stellen unter custodia verstanden hat: die des diligens pater familias. Eine besondere, von der Diligentiaprästation unabhängige Custodiahaftung ist damit geleugnet.

Wenn ferner Paulus in den Sententiae (II, 4 § 3) sagt: „custodia et diligentia rei commodatae praestanda est“, und in der l. 36 d. A. E. V. cit. dem Verkäufer bis zur Tradition Haftung für custodia und diligentia auferlegt, so wird diesen Aussprüchen jede Bedeutung durch die ebenfalls von Paulus herrührende l. 3 D. d. P. e. C. 18, 6 entzogen, in welcher die vom Verkäufer und Commodatar zu leistende custodia dahin bestimmt wird, dass diese Personen zu bewähren hätten „di-

[1]) Si epistula quam ego tibi misi intercepta sit, quis furti actionem habeat? . . . . . Et ideo quaeri potest an etiam is cui data est perferenda, furti agere possit. Et si custodia eius ad eum pertineat, potest: sed etsi interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. Finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve: potest habere furti actionem: vel si custodiam eius rei recepit vel mercedem perferendae accipit. Et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri navis: nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet. Vgl. über diese Stelle ausser Bruckner S. 229 f. auch Brinz § 269 A. 17, Pernice S. 350. 351, Windscheid § 401 A. 2, Lehmann S. 111.

ligentiam exactiorem quam in suis rebus", d. h. die diligens eines bonus pater familias. Auch Paulus ist also kein Vertreter der unbedingten Custodiahaftung. Dass in den beiden zuerst allegirten Stellen custodia neben diligentia genannt wird, ist blosse historische Reminiscenz.

Zu erheblicheren Zweifeln giebt Gaius Veranlassung. Die §§ 205. 206 im dritten Buche seiner Institutionen lassen sich nur durch die Annahme einer unbedingten Diebstahlshaftung erklären, obgleich Gaius von dieser unbedingten Haftung nichts sagt. Gaius stellt ferner in l. 4 pr. D. naut. caup. stab. 4, 9[1]) die Custodiahaftung des fullo und sarcinator derjenigen des nauta, caupo und stabularius gleich, welche letzteren Personen unzweifelhaft noch im Justinianischen Recht für Zufall haften. Andererseits fordert er in l. 1 § 4 D. d. O. e. A. 44, 7 von dem Commodatar, den er in § 206 cit. auf eine Stufe mit dem fullo und sarcinator stellt, nur eine „exactissima diligentia custodiendae rei", d. h. wie die Entgegensetzung der diligentia quam suis beweist, die diligentia boni patris familias. In der l. 2 § 1 D. d. P. e. C. 18, 6[2]) ferner nennt er die custodia des diligens paterfamilias eine „plena", diese custodia muss er also doch wohl für die äusserstenfalls zu prästirende halten. Hiernach darf man annehmen, dass Gaius zwar bereits die Haftung aus der custodia auf den Fall der mangelnden Diligenz beschränkt hat, die sich hieraus für die Diebstahlshaftung des Custodienten und dessen Competenz zur actio furti ergebenden Consequenzen aber zu ziehen noch versäumt hat.

Was den Faustpfandgläubiger anlangt, so scheint sich hier die strenge Custodiahaftung länger erhalten zu haben, als bei den anderen ursprünglich zur custodia Verpflichteten.

---

[1]) Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. — [2]) Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. Et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.



Ulpian mag an ihr noch festgehalten haben [1]). Die l. 5 und 8 C. d. act. pign. 4, 24 verwerfen jede über diligentia hinausgehende Haftung des Pfandgläubigers, beweisen aber auch zugleich, dass unter den Rechtsuchenden noch die Ansicht bestand, der Pfandgläubiger hafte unbedingt für Rückgabe der Sache. Auf diesen älteren Standpunkt ging — wenigstens ihrem Wortlaute nach — die l. 19 C. d. pign. 8, 13 (14) von Diocletian zurück, indem sie das alte Custodiarecht wieder herstellte [2]). Justinian dagegen milderte die Haftung des Pfandgläubigers wieder auf diligentia herab. Das beweist die Anreihung von l. 14 D. d. pign. act. an l. 13 § 1 eod. [3]). Er begnügte sich mit dieser geringeren Haftung in Anbetracht des Umstandes, dass der Pfandcontract beiden Contrahenten vortheilhaft ist (§ 4 I. qu. mod. re contr. obl. 3, 14) [4]).

Das Resultat für das jüngste römische Recht kann hiernach nicht zweifelhaft sein. Die Custodiahaftung ist — abgesehen von zwei gleich zu erwähnenden Fällen — aufgegangen in der allgemeinen Diligentiahaftung. Mit anderen Worten: die Haftung für custodia im technischen Sinne ist als gesetzliche Haftung verschwunden. Der zur Diligenz Verpflichtete hat auch für den Schutz der Sache zu sorgen in dem Maasse und in der Weise, wie dies der bonus paterfamilias thut. Zu einem Theile der diligentia ist die custodia aber auch jetzt nicht geworden. Es ist falsch, die custodia zu definiren als „die Sorgsamkeit eines diligens paterfamilias, die sich offenbart in der Bewahrung einer körperlichen Sache vor schädigenden Einwirkungen“ [5]). Gerade diese Offenbarung ist die custodia. Man darf sich nicht irre machen lassen durch die besondere Bedeutung, welche diligentia in der Verbindung mit praestare annimmt [6]).

Nur in zwei Rechtsverhältnissen kommt auch nach neuestem römischem Rechte noch eine unbedingte Custodiahaftung

---

[1]) Vgl. l. 13 § 1 D. d. pign. act. Dagegen Gerth S. 52 f. Bedenken erregt freilich l. 22 pr. eod. (Bruckner S. 214 f.). — [2]) Dagegen Gerth S. 54. — [3]) So auch Gerth S. 53 und Anm. 1. — [4]) Vgl. auch Pernice S. 356 und Anm. 45. — [5]) Engelmann, Die custodiae praestatio, die — übrigens erheblich geringwerthigere — Concurrenzarbeit der Brucknerschen, S. 187. Aehnlich auch Windscheid § 265 Anm. 2. — [6]) Vgl. oben S. 35.

vor: bei der locatio horreorum[1]) und bei dem receptum nautarum, cauponum et stabulariorum. Dass der dominus horreorum für Diebstahl auch nach neuestem römischem Rechte unbedingt haftete[2]), unterliegt keinem Zweifel. Zweifelhaft und mit Sicherheit überhaupt nicht zu entscheiden ist dagegen die Frage, ob der Speichervermiether auch für Beschädigungen der deponirten Sachen haftete[3]). Dass diese Haftung in den Quellen nicht erwähnt wird, würde die Verneinung der Frage noch nicht rechtfertigen. Denn der Hauptzweck der Unterbringung im horreum war immer die Sicherung gegen Diebstahl. Indessen spricht l. 41 in Verbindung mit l. 40 D. loc. cond. 19, 2 gegen die Haftung für Sachbeschädigung[4]). In der l. 40 legt Gaius das „periculum custodiae" demjenigen auf, „qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei". Dies ist aber auch und sogar vornehmlich beim horrei locator der Fall. Die unmittelbar angereihte, bereits erwähnte l. 41 von Ulpian sagt: „Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est." Dass beide Fragmente in der Compilation eine Einheit bilden, wird durch das „sed" und das „eo" der l. 41 bewiesen. Es ergiebt sich hiernach das Resultat, dass der dominus horreorum für Sachbeschädigungen — wenigstens unbedingt — nicht haftet.

Dass sich die Zufallshaftung der nautae, caupones und stabularii auch im neuesten römischen Rechte erhielt, hatte seinen Grund vor allem in der gesetzlichen Fixirung, welche dieselbe durch das Edict des Prätors erfahren hatte. Hinzukam, dass diese strenge Haftung, wenigstens soweit es sich um den Schiffer handelte, durchaus praktisch war. Dass sie identisch ist mit der Custodiahaftung[5]), geht aus l. 1 § 1. 8

---

[1]) Vgl. über dieses Institut Baron, Arch. f. d. civil. Prax. Bd. 52 S. 46 f., Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 3 S. 107 f., Bruckner S. 222 f., Gerth S. 69 f. — [2]) Für die ältere Zeit vgl. l. 60 §§ 6. 9 D. loc. cond. 19, 2, l. 1 C. d. loc. 4, 65, Coll. X, 9. — [3]) Dagegen sowohl Bruckner S. 225 Anm. 3 als auch Gerth S. 73. — [4]) So auch Pernice S. 352 Anm. 31. — [5]) So auch Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsrecht



und l. 5 pr. D. naut. caup. stab.[1]) klar und deutlich hervor. Das Edict setzte allerdings, wenigstens seinem Wortlaute nach, eine ganz unbedingte, weit über die Custodiahaftung hinausgehende Vertretungspflicht der nautae, caupones und stabularii fest: „Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent in eos iudicium dabo." Ob der Prätor indessen wirklich mehr als custodia im technischen Sinne von dem Recipirten hat verlangen wollen, ist mindestens zweifelhaft[2]). Unzweifelhaft ist es, dass die römische Jurisprudenz sich mit der Custodiaprästation begnügt hat. Ihre Lehre über die Haftung der Schiffer, Wirthe und Stallhalter dürfte folgende gewesen sein:

Der Schiffer und die ihm gleichgestellten Personen prästiren custodia für alle von ihnen in Ausübung ihrer Dienstverrichtungen in Empfang genommenen Sachen (l. 1 § 8, l. 5 pr. D. h. t., l. un. § 4 D. furt. adv. naut. 47, 5). Sie haften infolge dessen unbedingt für Diebstahl. Beweis: l. 4 pr. D. h. t., l. un. § 4 D. cit., Beweis auch die Aeusserung Ulpians (l. 1 § 1 D. h. t.): „nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coëundi"[3]). Sie haften aber auch ebenso unbedingt für Beschädigungen der aufgenommenen Sachen. Beweis: l. 5 § 1 D. h. t. Nicht mehr als die Custodiahaftung forderte auch Pomponius, der nach dem Berichte Ulpians (l. 3 pr. § 1 D. h. t.) sich dahin aussprach: „etiamsi nondum res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere" und „at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit"[4]). Es ist zugegeben (Gerth

---

Bd. 3 S. 112 f., Bd. 16 S. 327, Windscheid § 384 Anm. 6, Lehmann S. 111 f.

[1]) L. 1 § 1: „quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. L. 1 § 8: et puto omnium eum recipere custodiam quae in navem illatae sunt. L. 5 pr.: Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia .... et tamen custodiae nomine tenentur. — [2]) Dagegen auch Pernice S. 349. — [3]) Vgl. auch Brinz § 269 Anm. 34. — [4]) Es ist zweifelhaft, ob an dieser Stelle Pomponius oder Ulpian selber das Wort führt. Im letzteren Falle hat die Annahme der Identität zwischen der auferlegten Haftung und der Custodiahaftung noch weniger Bedenken, da Ulpian

S. 77 Anm. 2), dass das „periit" der letzteren Stelle nicht bloss von dem Verluste der Sache durch Diebstahl zu verstehen ist, durch die für das damnum fatale gemachte Ausnahme beschränkt sich aber die Haftung für das „perire" factisch fast auf eine solche für Diebstahl. Ein anderer Fall des perire wäre, dass dem stabularius bei ihm eingestellte Thiere entlaufen und so verloren gehen. Der stabularius hat dann infolge seiner Haftung aus dem receptum Ersatz zu leisten. — Ausser für custodia sollen der nauta, caupo und stabularius nun aber noch für die „facta" ihrer Angestellten sowie der Passagiere und Reisenden haften. Dass diese Haftung eben die Custodiahaftung ist — worauf die Deduction von Gerth (§ 7) hinausläuft —, ist nirgendwo gesagt [1]). Wenn Ulpian schreibt (l. 1 § 8 D. h. t.): „et puto omnium eum recipere custodiam quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere sed et vectorum", so braucht man den zweiten Theil dieses Satzes doch nicht als Folgerung aus dem ersten aufzufassen. Und wenn es von Pomponius heisst (l. 3 pr. eod.): „Et ita de facto vectorum etiam Pomponius — scribit. Idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere", so rechtfertigt nichts die Annahme, dass Pomponius auch im zweiten Satze nur an die facta vectorum gedacht hat. Die Haftung für Angestellte als Custodiahaftung zu bezeichnen, wäre überdies geradezu schief gewesen. Denn wie Bruckner (S. 31) mit Recht sagt: „Es liegt im Begriffe des Schutzes, dass die Unfälle, gegen die er geleistet wird, ausserhalb des Interessekreises, welche den Wächter und die von ihm bewachte Sache umfasst, ihren Ursprung haben. Nicht hierher gehören alle die Unfälle, welche ihren Ausgangspunkt in der Person des Wächters haben" [2]). Wollte man die Haftung des Schiffers für Sachbeschädigungen, Diebstähle und sonstige Delicte seiner Leute als eine Haftung für custodia bezeichnen, so müsste man folgerecht auch seine eigenen derartigen Handlungen, z. B. das von ihm selber an

---

selber die Haftung des nauta als eine Haftung für custodia bezeichnet (l. 1 § 8 D. h. t. S. 58 Anm. 1).

[1]) Dagegen auch Pernice S. 348. 349 Anm. 13. — [2]) Vgl. auch Brinz, Pandekten § 268 S. 261 und Anm. 3. A. A. Lehmann S. 110 f.

der anvertrauten Sache begangene furtum, als eine Verletzung seiner Custodiapflicht bezeichnen. Für die Haftung der Schiffer, Wirthe und Statthalter dürfte sich danach das Resultat ergeben, dass diese Personen einmal für custodia einzustehen und damit jeden Unfall zu vertreten haben, dessen Abwendung Zweck der Bewachung und Beschützung ist, und dass sie ferner für alle Handlungen, auch gewaltsame, ihrer Angestellten und der Passagiere zu haften haben, durch welche auf die ihnen anvertrauten Sachen in irgend einer Weise nachtheilig eingewirkt wird.

Wenn im Vorstehenden der Begriff der custodia im technischen Sinne zutreffend entwickelt worden ist, so bietet die Bestimmung des Begriffes der vis maior keine Schwierigkeiten mehr. Denn darüber kann kein Zweifel sein: die Haftung für custodia grenzt unmittelbar an die Haftung für vis maior. Wenn man Stellen wie l. 13 § 1 D. d. pign. act., l. 3 § 1 D. naut. caup. stab., l. 19 C. de pign. cit. betrachtet, so gewinnt man den Eindruck, dass hier unter dem Namen vis maior alle diejenigen Begebenheiten zusammengefasst werden, für welche der für dolus, culpa (diligentia) und custodia Haftende nicht einzustehen hat, also diejenigen Zufälle, welche der zur custodia Verpflichtete nicht vertritt. Dahin gehört jeder Gewaltact, wie latrocinium, incursus hostium, piratarum insidiae, rapinae, tumultus, impetus praedonum (l. 3 § 1 D. naut. caup. stab., l. 5 §§ 4—6, l. 18 pr. D. comm. v. c., l. 23 D. d. R. I., l. 1 § 4 D. d. O. e. A., l. 52 § 3 D. pr. soc., § 2 I. quib. mod. re contr. obl. cit., l. 1 C. d. comm. 4, 23), der Schiffbruch (l. 3 § 1 D. naut. caup. stab., l. 18 pr. D. comm., l. 1 § 4 D. d. O. e. A., § 2 I. quib. mod. re contr. obl. cit.), Ueberschwemmungen (l. 23 D. d. R. I., l. 30 D. d. pign. act. cit.), Tod von Sklaven und Vieh infolge von Alter oder Krankheit (l. 5 §§ 4—6, l. 18 pr. D. comm., l. 23 D. d. R. I. cit.) und sehr charakteristischer Weise auch die Flucht von Sklaven, „qui custodiri non solent" (l. 5 §§ 4—6, l. 18 pr. D. comm., l. 23 d. R. I. cit.; vgl. auch Bruckner § 20). Ueberraschen muss, dass wiederholt auch das incendium und die ruina (Einsturz von Gebäuden) als vis maior bezeichnet werden (l. 5 §§ 4—6, l. 18 pr. D. comm., l. 52 § 3 D. pr. soc., l. 1 § 4 D. d. O. e. A., § 2 I. quib. mod. re contr. obl.

cit.). Denn hierunter sind anscheinend doch auch Unfälle begriffen, welche kraft der Custodiapflicht zu vertreten sind. Man denke an das damnum iniuria datum durch urere und an die l. 36 D. d. A. E. V. 19, 1 (Anm. 2). Indessen sind die allegirten Stellen mit Ausnahme der l. 52 § 3 D. pr. soc. durchweg solche, denen der Begriff der technischen custodia bereits fremd ist, und was die l. 52 § 3 betrifft, so ist bereits betont worden[1]), dass die Haftung für damnum iniuria datum wahrscheinlich schon vor Julian bestritten gewesen ist. Ausgeschlossen ist es auch nicht, dass ruina und incendium gerade solchen Einsturz und solche Feuersbrunst bedeuten, die von dem Custodienten nicht zu vertreten sind.

Mit der Garantiecustodia verschwand auch die vis maior. Dadurch, dass die Custodiahaftung aufging in der allgemeinen Haftung für Diligenz, ging die Haftung für vis maior auf in der allgemeinen Haftung für Zufall. Es ist deshalb erklärlich, dass Begebenheiten, welche an der einen Stelle des corpus iuris civilis als Beispiele der vis maior aufgeführt werden, an der anderen als Beispiele des blossen casus erscheinen (vgl. z. B. § 2 I. quib. mod. re contr. obl., l. 6 C. d. pign. act. cit.), und dass wir Stellen im corpus iuris civilis finden, welche die Haftung für vis maior als unmittelbar an die Haftung für culpa grenzend darstellen (l. 23 D. d. R. I., l. 30 D. d. pign. act. cit.). Wenn Gerth zu dem Resultate gelangt (S. 210): „Vis maior bei den römischen Juristen, soweit sie sich des Ausdruckes zur Bezeichnung eines Rechtsbegriffes bedienen, bedeutet Zufall", so kann man ihm hiernach beitreten, nicht aber den Untersuchungen, welche ihn zu diesem Resultate geführt haben. Denn das hat Gerth jedenfalls nicht zu erklären vermocht, wie es kommt, dass die römischen Juristen zur Bezeichnung des Zufalls ausser casus noch den Ausdruck vis maior gebraucht haben. Das, was er über die custodia sagt (S. 40 f.), von deren Begriffsbestimmung alles abhängt, ist nicht zureichend. Die tiefgehenden und trotz ihrer Verfehltheit förderlichen Ausführungen Bruckners hat er zwar berücksichtigt, aber nicht widerlegt.

Da, wo sich im Justinianischen Recht der Custodiabegriff

---

[1]) Oben S. 52 Anm. 2.

erhalten hat, hat sich auch der der vis maior erhalten. Deshalb ist bei der locatio horreorum auch im Justinianischen Recht vis maior und casus nicht ganz identisch, und beim receptum zeigt sich der alte Begriff der vis maior auch im Justinianischen Recht rein und unverfälscht. Der Recipient ist danach frei von Haftung nur wegen solcher den Verlust oder die Beschädigung der Sache herbeiführenden zufälligen Ereignisse, die er kraft seiner Custodiaprästation nicht zu vertreten hat. Beizutreten ist also der sog. objectiven Theorie. Ist sie auch die unseres heutigen römischen Rechts? Mit Sicherheit lässt sich die Frage nicht beantworten. Hierzu bedürfte es einer umfassenden Benutzung der einschlägigen romanistischen Theorie und Praxis seit Justinian bis auf unsere Zeit. Soviel steht aber fest: die gemeinrechtliche Praxis des laufenden Jahrhunderts hat an der unbedingten Haftung der ex recepto Verpflichteten festgehalten. Nirgendwo wird in den zahlreichen Entscheidungen, die über die Haftung ex recepto ergangen sind, zur Verurtheilung der Recipienten gefordert, dass er schuldhaft gehandelt habe, oder dass der in der Klage geltend gemachte Verlust durch Angestellte des Recipienten oder durch Reisende und Passagiere verursacht worden sei. Ja auch der Recipient selber behauptet ausweislich der mitgetheilten Thatbestände niemals eine derartige Beschränkung seiner Haftung. Einige der in Betracht kommenden Urtheile seien angeführt. Es handelt sich vorzugsweise um die Haftung des Gastwirths.

Das Oberappellationsgericht zu Celle legte in einer Entscheidung vom Jahre 1804 [1]) dem Gastwirthe die Pflicht auf, einen dem Gaste „ohne seine Schuld betroffenen Diebstahl" zu ersetzen. Derselbe Gerichtshof verurtheilte den Gastwirth in einem Falle, in welchem die Stube des Gastes und der darin befindliche Koffer gewaltsam erbrochen, geöffnet und eine bedeutende Geldsumme daraus entwendet worden war [2]). Das geht über das römische Recht noch hinaus. Ebenfalls ein gewaltsamer Diebstahl stand in Frage in einer Rechtssache, welche schliesslich vom sächsischen Oberappellationsgerichte

[1]) v. Rüling, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Celle nr. 25. — [2]) Hagemann, Praktische Erörterungen Bd. 5 nr. 45 S. 214 f.



entschieden wurde[1]). Hier wurde der Kläger allerdings abgewiesen, aber nur deswegen, weil seine Aufnahme durch den beklagten Gastwirth „extra negotium" erfolgt war. Eine gegen einen Landkutscher wegen eines „abhanden gekommenen" Pakets erhobene Klage wies das Appellationsgericht Bautzen[2]) zurück unter der Begründung: „Es würde sonach die erhobene Klage nur als actio de recepto einen ausreichenden Klagegrund enthalten, da nach dieser schon die blosse Uebernahme des Pakets den Beklagten zum Ersatz des durch dessen Verlorengehen entstandenen Schadens verpflichtet haben würde, selbst wenn eine Verschuldung von seiner Seite dabei nicht stattgefunden hätte." Das Appellationsgericht Leipzig[3]) erforderte von dem Gaste, der angeblich bestohlen worden war, nur den Eid, „das ihm am 26. September 1849 aus dem Zimmer, welches ihm Beklagte eingeräumt gehabt, wirklich die fol. . . . . verzeichneten Gelder und Werthpapiere entwendet worden". In einer Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Dresden[4]) heisst es: „Die Aufnahme des Fremden ist ein contractähnliches Verhältniss; der Wirth leistet durch dieselbe Garantie und macht sich verbindlich zur Rückgabe dessen, was der Fremde mit sich aufnehmen liess, und nur, wenn der Fremde durch eigene Verschuldung diese Garantie unmöglich macht, fällt sie weg." Derselbe Gerichtshof sprach sich dahin aus[5]), dass ein Brand, welcher Sachen des Gastes vernichtet hat, nicht immer als damnum fatale anzusehen sei, und zwar je weniger, je näher „die Möglichkeit der Entstehung des Feuers durch eine Verwahrlosung von Seiten des Hausgesindes oder anderer Personen liege, für deren doloses oder culposes Gebahren, ebenso wie für Diebstähle und Beschädigungen anderer Art (l. 5 § 1 D. naut. caup.) der Gastwirth ohne Unterschied, auch bei dem Mangel jeder culpa seinerseits, haften muss". In einer Darmstädter Sache[6]) war

[1]) Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle ... zunächst für das Königreich Sachsen 1841 St. 1 nr. 1 — [2]) Das. 1846 St. 12 nr. 33 S. 94 f. — [3]) Das. 1851 St. 42 nr. 78 S. 329 f. — [4]) Seufferts Archiv Bd. 8 nr. 48 S. 71. — [5]) Seufferts Archiv Bd. 18 nr. 43 S. 69. — [6]) Archiv für prakt. Rechtswissensch. N. F. Bd. 7 S. 81 f. Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Handelsrechts Bd. 19 S. 242. Seufferts Archiv Bd. 22 nr. 145 S. 223 f.



der Dieb, welcher den Gast bestohlen hatte, muthmasslich ebenfalls ein Gast. Auf diesen Umstand wurde indessen kein Gewicht gelegt. Es wurde von dem Kläger vielmehr nur der Beweis erfordert, „dass er am 8. December 1865 oder doch um diese Zeit als Gast in dem Wirthshause des Beklagten logirt habe, dass er dabei die in der Anlage 1 der Klage ihren Nummern nach verzeichneten Uhren in sein ihm zum Bewohnen angewiesenes Zimmer eingebracht habe und dass diese Uhren dort gestohlen worden seien etc.". Die zur Vorbereitung des oberstrichterlichen Erkenntnisses angefertigte Relation, welcher sich der Gerichtshof angeschlossen hat, besagt unter anderm: „Der Beklagte ist verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, wenn er die von ihm wirklich recipirten Sachen des Klägers, weil solche abhanden gekommen (gestohlen worden sind), nicht zurückgiebt"; und an einer anderen Stelle: „Nach diesem ist es unbestritten, dass der Wirth für die recipirten Sachen des Reisenden haftet, auch wenn den Wirth keinerlei Schuld trifft. Der Wirth wird aber von dieser Haftpflicht befreit, wenn er die Einrede begründen und beweisen kann, dass der Reisende den Schaden, der ihn betraf, selbst verschuldet habe".

Auch die gemeinrechtliche Judicatur der Reichsgerichte lässt die ex recepto Verpflichteten unbedingt haften. Die Sachdarstellung einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 19. März 1875 [1]) ergiebt, dass einem Reisenden während seiner Abwesenheit vom Gasthofe die Reisetasche aus der verschlossenen Kommode, in welcher sie die Wirthin verwahrt hatte, entwendet worden war. Auf Grund dieses Sachverhältnisses erfolgte die Verurtheilung des Gastwirths. Gestritten wurde, wenigstens in letzter Instanz, unter den Parteien nur darüber, ob eine Aufnahme des Reisenden stattgefunden habe. In einer Entscheidung desselben Gerichts vom 13. September 1879 [2]) heisst es, der Kläger habe die Vermuthung ausgesprochen, „dass er von einem Unbekannten bestohlen worden sei, der am Morgen des 31. August früh 5 Uhr bei dem Oeffnen der Hofthür des Gasthauses von dem Hausknecht im Hofe angetroffen und unbeanstandet hinaus-

[1]) Entscheidungen Bd. 17 S. 40 f. — [2]) Entscheidungen Bd. 25 S. 334 f.

gelassen worden sei". Beklagter erwidert hierauf nun nicht etwa, dass dieser Unbekannte weder Angestellter noch Reisender gewesen sei, sondern nur: die Entwendung könne, wenn sie stattgefunden habe, auch noch auf andere Weise, als Kläger vermuthe, begangen worden sein. Das Reichsoberhandelsgericht legt in seinem Urtheile dem Gaste zwar den Beweis auf, dass ihn der von ihm behauptete Verlust während seines Aufenthaltes im Gasthofe betroffen habe, bemerkt aber zu gleicher Zeit: „Dagegen hat der Gast die Art des Abhandenkommens des Illatums, insbesondere einen Diebstahl, zur Begründung der Schadensersatzklage weder zu behaupten noch zu beweisen". Auch das Reichsgericht[1]) hat eine unbedingte Haftung des Wirthes für Diebstahl anerkannt, in dem von ihm entschiedenen Falle aber die Klage, wenigstens insoweit Ersatz von entwendetem Gelde und geldeswerthen Papieren verlangt wurde, abgewiesen, weil der Kläger seinen Verlust durch unvorsichtiges Benehmen mit verschuldet hatte.

Man sieht, die gemeinrechtliche Praxis unserer Zeit steht durchaus auf dem Standpunkte, dass der ex recepto Verpflichtete auch abgesehen von der Vertretung der facta der Gehülfen und Reisenden unbedingt hafte. Und die gemeinrechtliche Praxis ist eben das heutige römische Recht. Beides ist mit einander identisch. Der Satz Gerths (S. 104): „Jeder weder vom Recipienten noch von seinen Leuten oder Reisenden verschuldete Unfall ist vis maior" ist daher nicht nur für das Justinianische, sondern auch für das heutige römische Recht unhaltbar.

---

[1]) Entscheidungen Bd. 1 S. 83.

IV.

Das receptum nautarum, ein pactum praetorium.

Von

Herrn Gerichtsassessor Dr. **E. Ude**
in Braunschweig.

Bezüglich des Wesens der Verpflichtung aus dem receptum nautarum etc. geht die jetzt herrschende [1]), namentlich von Goldschmidt [2]) vertretene Ansicht dahin, dass das 'salvum fore recipere' des prätorischen Edicts eine „unter bestimmten Voraussetzungen zu gewissen civilen Vertragsverhältnissen von Rechtswegen hinzutretende, umfassendere Garantieverpflichtung sei" (Goldschmidt l. c. S. 97). Und zwar soll hierin, wenn auch nicht ursprünglich, so doch bereits zur Zeit der classischen Juristen das Wesen des receptum zu finden sein.

Dass dies nicht der Fall ist, dass vielmehr in dem receptum von Anfang an ein eigenes pactum praetorium zu sehen ist, welches als solches auch noch von den classischen Juristen und von den Compilatoren Justinians angesehen wurde, werden vielleicht die folgenden Betrachtungen ergeben.

Das edictum 'nautae, caupones stabularii, quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo' ist supplendi iuris civilis gratia vom Prätor erlassen [3]). Worin der Mängel des alten ius civile bestand, ob in der schlechten Stellung des Passagiers etc. als Beweispflichtigen, oder in der

---

[1]) Cf. Dernburg, Pand. II § 29. Windscheid, Pand. II § 384. Brinz, Pand. II § 268. Sintenis, II § 120. Pernice, Labeo II S. 374 ff. Exner, Der Begriff der höheren Gewalt, in Grünhuts Zeitschrift Bd. X S. 497 ff. Bruckner, Die Custodia S. 168, der übrigens schon von einer salvum fore promissio spricht und für das ältere Recht einen Garantievertrag annimmt. — [2]) In seiner Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. III S. 58 ff., S. 331 ff. — [3]) l. 1 § 1, l. 3 § 1 D. nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant 4, 9.



Mangelhaftigkeit der alten Culpahaftung [1]), mag dahingestellt bleiben. Thatsache ist, dass der Prätor etwas Neues schuf, wodurch diesen Mängeln abgeholfen wurde. Soweit konnte aber kein Prätor in Rom trotz seiner ausgedehnten Machtfülle gehen, als etwas ganz Neues, ohne Anlehnung an Vorhandenes festzusetzen, dass der nauta etc. lediglich durch die Thatsache, dass Sachen mit seinem Wissen in sein Schiff gebracht waren, zu irgend welcher strengeren Haftpflicht angehalten wurde. Dies ist nicht nur eine krasse Ausnahme von bestehenden Rechtsprincipien, sondern steht insbesondere auch im Widerspruch mit den im römischen Volksbewusstsein sonst lebenden Rechtsgedanken [2]), gegen welche der Prätor sich nicht auflehnen durfte. Das, was der Prätor aber schaffen konnte, war ein für das römische zwar neues, aber doch von dem Willen der Parteien abhängiges Vertragsverhältniss, aus dem er iudicium versprach für den Fall, dass die Leistung aus demselben, das restituere, von Seiten des nauta nicht erfolgte.

Das Wesen dieses neuen prätorischen Rechts besteht nun in folgenden einzelnen Sätzen:

1. Das receptum nautarum etc. ist eine besondere, selbstständige Vertragsform, durch welche der nauta sich zum salvum restituere verpflichtet. Dieser Satz folgt aus l. 1 § 2 h. t. (obligari), l. 1 § 3 (de recepto tenebitur), l. 3 § 1 (hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur), l. 3 § 3 (ob receptum convenitur), l. 3 § 5 (actio de recepto), l. 5 pr. (custodiae nomine tenentur). Dieser Satz ergiebt sich auch aus der in l. 1 § 2 getroffenen Entscheidung: der nauta kann nicht durch einen remex oder mesonauta zu der Haftung aus dem receptum verpflichtet werden; diese Bediensteten können das salvum fore recipere in seinem Namen nicht vornehmen. Wohl aber ist dies möglich, wenn entweder der nauta vorher seine Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt hat, l. 1 § 2 (si ipse alicui e nautis committi iussit), l. 1 § 3 (*ναυφύλακες*, diaetarii, qui custodiae gratia navibus praeponun-

[1]) Wofür l. 3 § 1 D. h. t. zu sprechen scheint. — [2]) Nicht einmal beim damnum infectum tritt nudo facto eine Haftpflicht ein, sondern erst durch stipulatio. Ebenso wird bei der Verpflichtung des Vormundes zum restituere stipulatio, rem salvam fore verlangt.

tur), oder nachträglich den von Unbefugten abgeschlossenen Receptsvertrag ratihabirt, l. 3 § 3 (et voluntas patris, domini intervenit). Ebenso kann der caupo oder stabularius ohne seinen Willen nicht durch den Receptsvertrag des mediastinus verpflichtet werden, l. 1 § 5. Ein Beweis für die Richtigkeit des obigen Satzes liegt auch in dem Umstande, dass die Voraussetzungen für die actio de recepto verschieden sind von denen der actiones in factum poenales[1]). Bei letzteren genügt das blosse Inferiren der Sachen auf Grund eines sonstigen Vertrages zur Begründung der strengeren Haftpflicht für furta und damna seitens der Bediensteten etc., die einfache Restitutionspflicht des nauta etc. ist aber an das salvum fore recipere geknüpft.

Die Selbständigkeit des Vertrages geht auch ferner daraus hervor, dass nach l. 1 § 7 Inferent der Sachen und Gläubiger aus dem Receptsvertrage verschiedene Personen sein können.

Für unsere Annahme spricht auch das im Edict und nicht minder in der Klageformel[2]) der actio de recepto sich findende salvum fore recipere. Hierin kann unmöglich[3]) eine einfache Thatsache, die Thatsache, dass die Sachen in Folge eines anderen Vertrages, z. B. des Miethvertrages, an Bord des Schiffes geschafft sind, zu finden sein. Julian noch muss bei Abfassung des edictum perpetuum in dem salvum fore recipere einen besonderen Vertrag gesehen haben; es ist sonst nicht einzusehen, weshalb er nicht viel kürzer 'quod cuiusque receperint' schrieb. Es wäre indessen möglich, dass die späteren Juristen — schon die Nachfolger Julians, denn Ulpian lebt kaum 100 Jahre später als dieser — das durch salvum fore recipere eingegangene Rechtsverhältniss durch das mittelst thatsächlichem recipere begründete ersetzt haben, und diese Möglichkeit wird von der communis opinio[4]) als zur Thatsache geworden aufgefasst. Mit Unrecht. Aus dem Sprachgebrauche der Quellen, in l. 1 § 3 vergl. mit § 6 und 8, l. 3 pr. §§ 2. 3. 5, l. 1 § 1 h. t. ist nichts für diese Auffassung zu entnehmen. Es hindert nichts, das in diesen

---

[1]) Vgl. darüber Goldschmidt l. c. S. 67. — [2]) Lenel, edict. perpet. S. 104. — [3]) So auch Brinz l. c. § 269 Anm. 42. — [4]) Nach Goldschmidt l. c. S. 101 ff.

Stellen gebrauchte recipere als compendiös für salvum fore recipere gebraucht zu erklären. Ja, man wird zu dieser Erklärung durch den Inhalt dieser Stellen genöthigt.

Ein Beweis gegen die Annahme der communis opinio liegt aber in l. 3 pr.: 'Etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere'. Hier haben wir allerdings recipere in zweifacher Bedeutung, recipere entsprechend dem inferre und recipere = salvum fore recipere. Von juristischer Bedeutung ist aber nur das 'quas semel recepit'. Hat der nauta einmal den Receptsvertrag abgeschlossen — anders lässt sich diese Stelle nicht erklären —, so steht die Sache auf seine Gefahr, wenn sie nur in seine Machtsphäre gekommen ist. Ein salvum fore recipere muss hier vorausgesetzt werden, oder man müsste behaupten wollen, dass auch in dem blossen in die Nähe des Schiffes Bringen „ein formloser Act der Annahme mit stillschweigendem Garantieversprechen" enthalten sei.

Ein fernerer Beweis gegen die von der communis opinio gemachte Annahme liegt sodann in l. un. §§ 3. 4 D. furti adv. 47, 5: 'Cum enim in caupona vel in navi res perit, ex edicto praetoris obligatur exercitor navis vel caupo ita, ut in potestate sit eius, cui res subrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario iure an cum fure iure civili agere. Quodsi receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo (d. i. also salvum fore recipiendo) periculum custodiae subiit'. Cf. l. 14 § 17 D. furti 47, 2.

Auch die besondere Klage, die actio de recepto, mit ihrer ganz auf das Edict gebauten Formel[1]: 'S. p. N^{m} N^{m}, cum navem exerceret, A^{i} A^{i} res, q. d. a., salvas fore recepisse neque restituisse, q. e. r. e., t. p., iudex N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} c., s. n. p. a.' spricht für einen besonderen Vertrag, liegend in dem salvum fore recipere.

Zur Erklärung des ganzen Digestentitels, soweit er für unsere Zwecke in Betracht kommt, kann man überhaupt nur von zwei Voraussetzungen ausgehen:

---

[1]) Lenel, ed. perp. S. 104. Rudorff. E. P. § 47.



Entweder das salvum fore recipere, welches sich hier und da findet, ist eine geschichtliche Ueberflüssigkeit, es bedeutet für Ulpian und die Compilatoren weiter nichts als das thatsächliche recipere,

oder das Wesentliche ist salvum fore recipere, und das sich hier und da findende recipere ist nur compendiös von Ulpian = salvum fore recipere gebraucht.

An die Möglichkeit, dass salvum fore recipere die ihm zukommende juristische Bedeutung für sich habe, nicht minder auch das einfache recipere, ist nicht zu denken. Denn hätte Ulpian auf diesem Standpunkte gestanden, so hätte er unmöglich die Erklärung des salvum fore recipere so geben können, wie er sie thatsächlich in l. 1 und l. 3 gegeben hat. Er hätte insbesondere bei der Mehrdeutigkeit des Wortes recipere unbedingt darauf hinweisen müssen. Hätten die Compilatoren aber diese Ansicht gehabt, so wäre es unverzeihlich, dass sie durch ihre unpräcise Compilation solchen bedenklichen Wirrwarr mit den paar Fragmenten schufen, indem sie historische Reminiscenzen und thatsächliches Recht ununterscheidbar vermengten, wo sie durch wenige Correcturen und Fortlassungen das für sie geltende Recht normiren konnten.

2. Es hängt von dem freien Willen des nauta etc. ab, ob derselbe salvum fore recipere will oder nicht[1]). Eine unmittelbare gesetzliche Verpflichtung zur Haftung bis zur höheren Gewalt, eine von Rechtswegen im Anschluss an sonstige Vertragsverhältnisse eintretende Garantieverpflichtung ist aus den Quellen nicht zu entnehmen, l. 1 § 1, §§ 3. 4 l. un. D. furti adv. 47, 5, l. 7 pr. D. h. t. (Möglichkeit der praedictio). L. 1 § 1 cit. steht nur dem Wortlaut nach im Widerspruch mit § 6 l. un. D. furti adv. 47, 5. Der § 1 cit. besagt mit den Worten: 'nam est in ipsorum arbitrio sqq.' nichts weiter als: Es ist in das arbitrium des nauta etc. gestellt, ob er salvum fore recipere — recipere also compendiös — will oder nicht. Thut er es, so tritt die strenge

[1]) Zum jedesmaligen Abschluss des Vertrages auf Verlangen des Passagiers wird der nauta etc. schon durch die Concurrenz seiner Gewerbegenossen genöthigt sein. Die Folge war natürlich die, dass er eine höhere merces, ein höheres naulum forderte, wenn er weitergehende Pflichten übernehmen sollte.



Haftpflicht ein. Diese Erklärung ergiebt sich aus dem Zusammenhang, in welchem die Worte stehen[1]).

Durch Annahme dieses Satzes erklärt sich der sonst auffällige Umstand, dass die Verpflichtung des nauta aus dem receptum in keiner Weise in den Titeln locati 19, 2 und de lege Rhodia de iactu 14, 2 erwähnt wird, wo doch den römischen Juristen, wenn sie eine ipso iure eintretende aussergewöhnliche Garantieverpflichtung in dem receptum gesehen hätten, gewiss die Frage nahe gelegt war, wie es sich mit der Verpflichtung aus dem receptum im Falle eines iactus oder sonstiger Havarie verhalte[2]).

3. Der Vertrag an und für sich ist ein formloser, rein mündlicher, vielleicht geschlossen durch ein bindendes Wort des nauta wie recipio, salvum erit, salvum exhibebo[3]) oder dergl. Er setzt aber zu seiner vollen Wirksamkeit eine von Seiten des Passagiers zu beschaffende Thatsache, nämlich das

---

[1]) Die übrigen Vereinigungsversuche bezüglich dieser beiden scheinbar unvereinbarlichen Stellen stehen unter dem Banne der Annahme, dass die Haftpflicht des nauta von Rechtswegen eintrete. Vgl. Weis, Archiv für praktische Rechtsw., N. F., V S. 280 ff. v. Madai, Giessener Zeitschrift XVIII S. 376 ff. Guyet, Archiv für die civ. Praxis XVII S. 41 ff. Emmerich, Giessener Zeitschr. N. F. XVIII S. 120. v. Vangerow, Pand. § 648 Anm. 1. — [2]) In Folge dieses Schweigens der römischen Juristen bezüglich der actio de recepto, z. B. l. 11 § 3, l. 13 §§ 1. 2, l. 31 D. locati 19, 2, l. 2 pr., l. 10 § 1 D. de lege Rhodia 14, 2 — Fälle, in denen die Voraussetzungen einer a^io^ de recepto im übrigen vorliegen würden —, muss sich der Gedanke aufdrängen, dass das receptum immer nur auf kurze, ganz bestimmte Zeit, und vor allem nicht gegen die Gefahren auf hoher See geschlossen sein kann, vielleicht nur dann, wenn das Schiff im Hafen lag, der vector dasselbe auf ein paar Stunden verliess und deshalb seine merx in der Obhut des nauta zurückliess, oder wenn die merx zwar an Bord oder zum Einladen vor das Schiff gebracht war, der vector selbst aber noch nicht im Schiff oder bei der Einladung zugegen war. Nur für solche Fälle passt der Satz: quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere, l. 1 § 1 h. t. Auf hoher See giebt es keine materia cum furibus coeundi. Hier kann und soll der vector selbst auf seine Sachen passen. Gestohlene Sachen werden sich überdies auf hoher See in den kleinen Schiffen der Alten leicht wieder haben herbeischaffen lassen. Naufragium und vis piratarum ist aber ebenso gut im Hafen möglich, wie die vis praedonum und incendium bei einer caupona auf dem Lande. — [3]) Vgl. Plaut. Asin. 457 ff.

Ueberweisen der Sache zu custodia — Besitzescustodia — voraus, custodiae committere l. 1 §§ 1. 2. 3, inferre l. 1 §§ 7. 8 h. t. Der Vertrag selbst kann vor oder nach der thatsächlichen Illation, dem thatsächlichen recipere, abgeschlossen werden, l. 3 pr.

4. Das salvum fore recipere ist allgemein, d. h. es bezieht sich auf alle Sachen, die von einem Passagier inferirt werden oder committirt sind, einerlei, ob sie dem nauta besonders überwiesen werden oder nicht, l. 1 § 8, ob für den Transport gerade der inferirten Sache merces bezahlt wird oder nicht, l. 1 § 6, l. 4 § 2 h. t. Denn der nauta kann seine Massregeln dafür, dass sie salvae erunt, doch treffen, durch Anweisung der *ναυφύλακες*, diaetarii, ja er muss sie in Folge des Vertrages treffen.

5. Berechtigt ist aus dem salvum fore recipere lediglich derjenige, dem gegenüber der nauta etc. es vorgenommen hat. Ein anderer, z. B. der Eigenthümer der recipirten Sache, kann selbständige Ansprüche aus dem salvum fore recipere nicht geltend machen, l. 1 § 7[1]).

6. Der Receptsvertrag verpflichtet den Schiffer zum salvum restituere, d. h. die Sachen so zurückzugeben, wie sie committirt sind. Der nauta nimmt die Sachen durch den Vertrag in seinen besonderen Schutz, custodia, und verspricht

---

[1]) Es finden sich an dieser Stelle die Lesarten 'si ante eas suscepit' und 'si a me eas suscepit'. Erstere ist noch von Mommsen und Lenel (Palingenesia II S. 490) festgehalten. Bereits Haloander las 'a me', dies scheint das richtige zu sein. Die erstere Lesart giebt keinen Sinn. Man sucht vergebens nach einer Thatsache, auf welche das 'ante' Bezug haben könnte. Es mag hier übrigens auf den wichtigen Unterschied zwischen suscipere und recipere hingewiesen werden, ein Unterschied, der im Falle der Beachtung zu mancher Stelle ein anderes Resultat liefert, z. B. l. 13 § 2 D. de receptis 4, 8 und auch in dem „berüchtigten" § 3 I. de emtione et venditione 3, 24, der in der Lehre von der custodia eine grosse Rolle spielt (vgl. Goldschmidt l. c. S. 109): animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit etc.; vgl. Windscheid, Pand. II § 378 Anm. 7 und den Text dazu: 'Recipimus rogati, suscipimus ultro'. Treffend wird dieser Unterschied in folgenden beiden Stellen illustrirt: Ego in hoc iudicio mihi Siculorum causam receptam, populi Romani susceptam arbitror. Cic. de div. c. 8 § 26. In quo est illa magna offensio vel negligentiae susceptis rebus, vel perfidiae receptis. Cic. de oratore II § 101.

für sie zu sorgen, recipere custodiam l. 1 § 8 h. t., custodiae committere l. 1 § 1, salvas esse l. 1 § 7, sie möglichst gegen furtum und damnum iniuria datum zu sichern, l. 5 § 1. Er haftet aus dem salvum fore recipere wegen jedes „Detentionsverlustes", ursprünglich wohl unbedingt, im späteren Recht aber nur bis zur höheren Gewalt.

Die Richtigkeit unserer Annahme wird aber wahrscheinlich gemacht durch das Wesen der gleichfalls unter der Rubrik 'de receptis' im Edict sich findenden Rechtsinstitute des receptum argentariorum und arbitri. Bei beiden bedeutet das recipere die Uebernahme einer vertragsmässigen Verpflichtung, nämlich bei jenem zum solvi, bei diesem zum sententiam dicere. Ja, bei dem receptum argentariorum lässt sich noch der analoge Gebrauch von recipere wie bei dem salvum fore recipere nachweisen in l. 6 § 3 D. de edendo 2, 13 (quod solvi constituit) und l. 28 D. de pec. const. 13, 5 (ubi quis pro alio constituit se soluturum). In beiden Stellen ist bei der Umbildung des receptum argent. zum constitutum durch die Compilatoren 'constituit' an die Stelle des ursprünglichen 'recepit' gesetzt, wie Lenel nachgewiesen hat [1]). Wie es also hiess, se soluturum recipere, d. i. auf sich nehmen, versprechen, und zwar formlos, so hiess es auch salvum fore recipere.

Für die Richtigkeit unserer Annahme spricht endlich auch noch das bezüglich des horrearius geltende Recht [2]). Horrearius ist a priori der Aufseher eines öffentlichen für Deponirung von Geldern oder Kostbarkeiten bestimmten horreum. Es wird aber auch, wie Goldschmidt [3]) nachweist, der dominus horrei und der locator horrei 'horrearius' genannt. Wie sich nun aus dem in Betracht kommenden, von Goldschmidt zusammengestellten Quellenmaterial ergiebt, nämlich l. 55, l. 60 § 9, l. 60 § 6 D. locati 19, 2, l. 2 (= Collatio X, 9), l. 4 C. de locato 4, 65. L. 3 § 2 D. de off. praes. vig. 1, 15, denen noch l. 5 pr. D. ad exhib. 10, 4 hinzugefügt werden kann, ist die Haftung des horrearius im gewöhnlichen Falle die contractliche, nämlich Prästirung der custodia gemäss der locatio conductio, wie sie auch der fullo, sarcinator, wie sie

---

[1]) Edict. perp. S. 104. Zeitschr. der Savigny-Stiftung II S. 62 ff. — [2]) Cf. Bruckner S. 222 ff. l. c. — [3]) L. c. S. 109.



auch der nauta bez. der merces transportandae conductae aus dem Miethvertrage prästiren musste, l. 5 pr. h. t. Diese gewöhnliche Haftung des horrearius kann aber erweitert werden dadurch, dass er custodiam recipit, l. 55 cit., nominatim etiam custodiam repromittit, l. 4 C. cit. Bei der Aehnlichkeit des Institutes mit dem receptum nautarum — custodiae committere in beiden Fällen mit der Absicht, die übergebenen Sachen besonders sicher zu stellen — hätte es nun sehr nahe gelegen, auch, zumal die materia coeundi cum furibus sich dem horrearius ebenso bot wie den nautis und cauponibus, zumal ferner die horrea meistens publica waren und so der Deponent ohne weiteres Anspruch auf grösseren Schutz machen konnte, die Haftung der horrearii bis zur vis maior einfach an das thatsächliche recipere zu knüpfen, wenn die römischen Juristen dies bei dem receptum nautarum gethan hätten, wenn sie eben nicht in dem salvum fore recipere einen besonderen Vertrag gesehen hätten, wodurch eine weitergehende Haftung, eine Haftung bis zur vis maior übernommen wurde [1]).

[1]) Man kann ebenso gut von einem receptum horreariorum sprechen, auch in l. 55 cit. hat recipere dieselbe Bedeutung wie bei dem salvum fore recipere, auf sich nehmen, versprechen, wie denn in l. 4 C. cit. dafür repromittere gebraucht wird. Dass die römischen Juristen dies nicht thun, erklärt sich wohl historisch, indem das Recht bezüglich des horrearius bedeutend jünger ist als das receptum, auch ganz andere Ausgangspunkte hat.

V.

Aus und zu den Quellen des römischen Rechts[1]).

Von

Herrn Geheimrath Dr. **E. Zachariä von Lingenthal**
auf Grosskmehlen.

XXIX.

Der Antecessor Julianus.

Da in einer durch die Scholien der Basiliken (Basil. ed. Heimbach II p. 180) erhaltenen *ἐρωταπόκρισις* ein Julianus als Anfragender, der Antecessor Stephanus als Antwortender erscheint, so habe ich ersteren für einen Schüler des letzteren halten zu müssen und mit dem Julianus eloquentissimus antecessor Constantinopolitanae civitatis für identisch halten zu dürfen geglaubt, und zwar um so mehr, als auch der Stephanus als Antecessor an die Rechtsschule zu Constantinopel gesetzt werden zu müssen schien.

Dieses letztere Argument war nun wohl nicht richtig. Stephanus war vielmehr Antecessor in Beryt oder Antiochien, wie ich in dieser Zeitschrift X Rom. Abth. S. 270 ausgeführt habe. Daher erklärt sich auch, wie er wiederholt Justinian einfach als den *δεσπότης* bezeichnet, während er in der Constantinopler Atmosphäre gewiss nicht versäumt haben würde, ein *θειότατος* oder dergleichen davor zu setzen. (Das *καλλί-*

---

[1]) Wenn ich in nr. XIII dieser Bemerkungen bei Anführung einer Stelle aus Papinians responsa in Harmenop. II 4, 51 gesagt habe, dass dieselbe bisher gänzlich übersehen worden sei, so habe ich dabei an die Juristen der neueren historischen Schule gedacht, deren Uebersehen schon seitdem durch Krüger in der Collectio libror. iuris anteiust. III p. 285 wieder gut gemacht worden ist. Von den älteren Juristen hat schon Cujacius Opp. IV p. 96 sq. die Stelle ausführlich behandelt: seine Auslegung verdient um so mehr nachgelesen zu werden, als er die Lesart der Handschriften, die ich und Krüger als verbesserungsbedürftig ansehen, vielmehr als richtig gelten lässt.

νικος ebenda S. 271 stammt, wie ich neuerdings erkannt habe, nicht aus Stephanus, sondern aus einem Index des Theodorus.)

Indessen wenn auch Stephanus Rechtslehrer an der phönicisch-syrischen Rechtsschule war, so könnte ihn doch Julianus dort wohl gehört und nachher sich nach Constantinopel begeben haben. Dafür könnte sogar das bekannte Epigramm seines Zeitgenossen Theaetetus angeführt werden, welches den Julianus, die Leuchte des Rechts — wenn anders unser Julianus damit gemeint ist — von Berytus und Rom gesehen sein lässt.

Allein trotzdem dürfte es gerathen sein, den Julianus, welchem Stephanus antwortet, von dem Antecessor Julianus zu unterscheiden oder denselben wenigstens nicht für einen Schüler des Stephanus zu halten. Denn der Antecessor Julianus ist, wie wir sehen werden, ein Altersgenosse des Stephanus, wenn nicht gar ein älterer Rechtslehrer.

Haenel sagt in der Vorrede zu seiner Ausgabe von des Julianus Epitome Novellarum p. XXXV: Nullum Iulianorum, quorum mentio saeculo sexto fit et aetate Iustiniani, pro Iuliano antecessore Constantinopolitano habendum esse recte censent Bach et Biener. Allein es sind zwei Stellen nicht hinreichend in Betracht gezogen, die gerade besondere Aufmerksamkeit verdienen.

Die erste Stelle ist Nov. CXXXVII (Edict. 7) vom Jahre 542. Sie ist adressirt (nach der von Scrimger nicht richtig wiedergegebenen Lesart der Venetianer Handschrift) an Julianus. Im Texte wird derselbe angeredet als *ἡ σὴ λογιότης*. Da dies die Titulatur der Advocaten ist, so werden wir uns unter dem Julianus einen solchen zu denken haben, und zwar einen hochgestellten, öffentlich angestellten, da er hier dem comes S. L. Petrus voran oder zur Seite gestellt wird. Ob nun dieser Julianus später als Antecessor erscheint? Dass dies unmöglich sei, will ich zwar nicht geradezu behaupten, für wahrscheinlich aber möchte ich es allerdings nicht halten.

Die zweite Stelle findet sich bei Malalas in Iustiniano ed. Ven. p. 83. Als Justinian im November 562 von einer Verschwörung gegen sein Leben Kenntniss erhielt, ernannte er zur Untersuchung der Sache einen Ausschuss unter dem Vorsitze des Stadtpräfecten Procopius (Theophanes ad h. a.).

Beisitzer desselben waren nun nach Malalas der Quästor Constantinus und der ἀντιγραφεὺς Julianus. Was diesen betrifft, so erinnere ich daran, dass die Byzantiner schon unter Justinian aus antecessor ἀντικήνσωρ gemacht haben, wie denn Stephanus und Julianus (in der Anthologie) ἀντικήνσωρ genannt werden. Census aber, censitores, wurde übersetzt mit ἀναγραφή, ἀναγραφεῖς, dem entsprechend übersetzte man ἀντικήνσορες mit ἀντιγραφεῖς. So sagt Lydus III, 27: „τοὺς λεγομένους πάλαι μὲν ἀντεκήνσωρας, καθ' ἡμᾶς δὲ ἀντιγραφεῖς". Die Glossae nomicae erklären ἀντικένσορις durch ἀντιγραφεὺς, und in der Vorrede zur Ecloga (p. 11 not. 12 meiner Ausgabe), erscheinen die Antecessoren als ἀντιγραφεῖς. Der ἀντιγραφεὺς Julianus ist daher wohl identisch mit ἀντικήνσωρ Julianus. Und dass dieser unser eloquentissimus antecessor Constantinopolitanae civitatis ist, von welchem die nach 555 verfasste Epitome Novellarum herrührt, erscheint mir nach der Zeit, in welcher er, wie Malalas erzählt, als Untersuchungsrichter auftritt (562), äusserst wahrscheinlich.

XXX.

Joannes, des Philadelphiers Laurentius Sohn, genannt Lydus.

Die drei Bücher περὶ τῶν ἀρχῶν τῆς ῥωμαίων πολιτείας sind uns nur in einer einzigen Handschrift erhalten.

Aus dieser nach Paris gelangten Handschrift wurde die Schrift mit einer gelehrten Einleitung von B. Hase und mit einer lateinischen Uebersetzung im Jahre 1812 herausgegeben von J. D. Fuss. Die vielfachen Mängel dieser Ausgabe — namentlich auch in der Accentuirung — hat Fuss in einer 1820 erschienenen Epistola ad B. Hasium theilweise zu verbessern gesucht.

Fuss hat in seiner Ausgabe den einzelnen Büchern der Schrift περὶ ἀρχῶν τῆς ῥωμαίων πολιτείας die Ueberschrift gegeben: Λυδοῦ περὶ ἀρχῶν τῆς ῥωμ. πολ. λόγος α', β', γ', aber angemerkt, dass in der Handschrift die Ueberschrift einfach laute beim ersten Buche περὶ ἀρχῶν τῆς ῥωμ. πολ., bei Buch II und III einfach λόγος β' und γ'; beide Male thut dies Fuss ohne Namhaftmachung des Verfassers. Man müsste nun wohl eigentlich hieraus schliessen, dass der Name des

Verfassers überhaupt nicht aus der Handschrift erhellt. Allein es liegt hier vielleicht nur ein Mangel der Ausgabe vor. Ich habe in einer Handschrift des Prof. Rhallis zu Athen eine im Jahre 1765 gefertigte Abschrift der Originalhandschrift des Werkes *περὶ ἀρχῶν κτλ.* aufgefunden, worüber ich in den Monatsberichten der Königl. Akademie der Wissenschaften zu Berlin vom 19. Januar 1880 berichtet habe. Auf der ersten Seite des ersten Blattes dieser Abschrift steht als Haupttitel *Ἰωάννου λαυρεντίου φιλαδελφέως τοῦ λυδοῦ περὶ πολιτικῶν ἀρχῶν.* Ob der Abschreiber diesen Titel in der Originalhandschrift vorgefunden hat, steht freilich dahin. Denn derselbe hat auf dem zweiten Blatte seiner Abschrift die *μαρτυρίας τῶν παλαιῶν περὶ τοῦ συγγραφέως* zusammengestellt und könnte den Namen des Verfassers aus Photius entlehnt haben.

Hase hat nach dem Vorgang älterer Schriftsteller den Verfasser Joannes *Laurentius* genannt. Indem er aber den letzteren Namen im Drucke hat auszeichnen lassen, scheint er doch Bedenken gehabt zu haben. Hugo, der in den ersten Auflagen seiner Rechtsgeschichte den Namen Joh. Laurentius giebt, hat in späteren Auflagen mit immer grösserer Bestimmtheit Laurentii d. h. Sohn des Laurentius gesagt. Gewiss mit vollem Recht, wie schon daraus erhellt, dass nirgends von einem *λαυρέντιος ὁ λυδὸς* die Rede ist.

In Hases einleitendem Commentar wird gesagt: Joannes Laurentius, a patria Lydus dictus, quod cognomen apud scriptores fortuito magis quam ratione invaluit etc. Der Vorwurf unvernünftigen Verfahrens, der hiemit allen Schriftstellern gemacht wird, die den Joannes einfach Lydus nennen und ihn als solchen citiren, ist denn doch wohl nicht begründet. Schon Teophylactus Simocatta erwähnt ihn 60—70 Jahre nach dessen Tode einfach als *ὁ Λυδὸς*, und ebenso später Leo in den Tactica. Sodann mache ich besonders darauf aufmerksam, dass er stets mit dem bestimmten Artikel *ὁ Λυδὸς* genannt wird. (Nur bei Suidas und in der Ueberschrift von Auszügen aus der Schrift *περὶ διοσημειῶν* scheint der Artikel zu fehlen.) Noch bestimmter zeigt die Stelle in des Constantinus Porphyrogenitus Buch de thematibus I, 2 (*κεῖται ἐν τῇ βίβλῳ Ἰωάννου Φιλαδελφέως τοῦ καλουμένου Λυδοῦ*), dass es sich hier nicht einfach um eine Bezeichnung der origo

oder patria, sondern um einen (wenn auch daher abgeleiteten) Namen handelt. Ein Scholiast zur Synopsis (p. 207 meiner Ausgabe im Ius GR. Pars V) sagt: *χρηματισμὸς τὸ κύριον ὄνομα, πατρωνυμία τὸ τοῦ προγόνου τοῦ ἰδίου, προσηγορία δὲ τὸ ἐπώνυμον.* Dies passt vollständig auf *Ἰωάννης Λαυρεντίου ὁ Λυδός. Λυδὸς* ist also der Joannes zum Unterschied von Anderen dieses Namens angeredet worden (*προσηγορεύθη*).

Wenn übrigens Constantinus Porphyrogenitus in der angeführten Stelle den Beinamen *Φιλαδελφεὺς* mit *ὁ Λυδὸς* verbindet, so geht dies wenigstens aus dem Titel *Ἰωάννου λαυρεντίου φιλαδελφέως τοῦ λυδοῦ* nicht unmittelbar hervor. Die Byzantiner setzen wenigstens in anderen Fällen die generelle Bezeichnung der speciellen vor: sie sagen *Ἀγαθίας Ἀσιανὸς Μυριναῖος, Θεόδωρος Θηβαῖος Ἑρμουπολίτης* u. dgl. m. Analog müsste es *Λυδὸς Φιλαδελφεὺς* heissen, wenn die letztere Bezeichnung mit *Λυδὸς* zu verbinden wäre. Ich beziehe sie daher auf *Λαυρεντίου*, lese im Nominativ: *Ἰωάννης Λαυρεντίου Φιλαδελφέως* (nicht *Φιλαδελφεὺς*) *ὁ Λυδὸς* und übersetze: Joannes, des Philadelphiers Laurentius Sohn, genannt Lydus. Damit will ich nicht sagen, dass der Lydus nicht aus Philadelphia stamme. Vielmehr ist er selbst auch *Φιλαδελφεὺς* gewesen, da er wiederholt (III, 58) die „*ἐμὴ Φιλαδέλφεια*“ erwähnt.

Endlich sagt Hase von Lydus: Quae sub eius nomine servata sunt, ea certe omnia sub Iustiniano scripsit. Ich weiss jedoch nicht, ob nicht die Stelle II, 8 zu Beginn der Regierung des Nachfolgers Justinus II. geschrieben ist.

Hier wird des Consulats gedacht. Lydus bezeichnet es als *ὕπατος τιμὴ τῇ μὲν δυνάμει τῆς ἐπαρχότητος μείων τῇ δὲ τιμῇ μείζων.* Er sagt von ihm: *πλοῦτον βαθὺν οἴκοθεν ἐξαυλακίζει τοῖς ὑπηκόοις καὶ τῷ χρόνῳ τὴν προσηγορίαν χαρίζεται καὶ πλάνης ἀπαλλάττει τὰ συναλλάγματα*, und erschöpft damit in der That die Bedeutung des kaiserlichen Consulats zu seiner Zeit. Zum Schlusse fügt er hinzu: *ὁ δὲ ἡμέτερος πατήρ τε ἅμα καὶ βασιλεὺς ἡμερώτατος ταῖς μὲν ἐπανορθώσεσι τῶν πραγμάτων καὶ δωρεαῖς τῶν ὑπηκόων ὕπατός ἐστιν ἐφ' ὅσον ἐστὶ, τῇ δὲ στολῇ γίνεται, ὅταν κοσμεῖν τὴν τύχην ἐθελήσοι βαθμὸν ἀνώτερον βασιλείας τὴν ὕπατον τιμὴν ὁριζόμενος.* Ich möchte bezweifeln, dass dies

von Justinian verstanden werden kann. Denn abgesehen davon, dass von Schenkungen Justinians an die Unterthanen sonst kein Rühmens gemacht wird, so wäre es kaum passend zu nennen, wenn Lydus das Futurum ἐϑελήσοι von Justinian gebraucht hätte, der ja bereits im Jahre 534 — also zum wenigsten 18 Jahre, bevor Lydus geschrieben haben kann — zum vierten Male das Consulat übernommen hatte. Dagegen passt das Gesagte vortrefflich auf Justinus II. Dieser hatte sofort nach seinem Regierungsantritt einen Steuererlass verkündet (Nov. Iustini prima) und konnte mithin im ersten Jahre seiner Regierung (ἐφ' ὅσον ἐστὶ) wegen dieser und anderer Schenkungen als ἡμερώτατος[1]) und als thatsächlicher ὕπατος oder Oberster seiner Unterthanen bezeichnet werden. Justinus hat, wie Corippus erzählt, gleich bei seinem Regierungsantritt die Uebernahme des Consulats verheissen: wahrscheinlich spielt das ἐϑελήσοι darauf an. Lydus müsste hiernach im ersten Regierungsjahre des Justinus geschrieben haben.

XXXI.

Der partiarius colonus.

Die Theilpacht hat in Deutschland kaum irgendwo Anklang gefunden, sei es in Folge der eigenthümlichen Entwickelung der germanischen Landwirthschaft, sei es in bewusster Einsicht in das Bedenkliche einer solchen Art der Verpachtung.

Anscheinend bewirkt sie die gerechteste Vertheilung des Verlustes durch Fehlernten oder durch niedrige Getreidepreise oder umgekehrt des Gewinnes durch reiche Ernten oder durch hohe Preise. Allein nur anscheinend ist dies der Fall. Schlechte Ernten haben hohe Preise zur Folge: von diesen zieht der Verpachter jedenfalls Vortheil, der Pachter aber nicht immer, insofern ihm zuweilen nach Abzug der Aussaat und des Wirthschaftsbedarfs zum Verkaufe nichts übrig bleibt. Und weil

---

1) Theophanes erzählt freilich erst beim dritten Regierungsjahre des Kaisers, wie die Kaiserin alle Schulden der Bürger bezahlt habe. Indessen eine solche Liberalität war, wenn sie überhaupt stattgefunden hat, doch mehr unmittelbar nach dem Regierungsantritte des Gemahls am Platze.

der Bedarf an Aussaat und für die Wirthschaft stets gleich ist, so bleibt für den Pachter verhältnissmässig immer nur ein kleinerer Theil zur Verwerthung übrig, als dem Verpachter, welcher seinen ganzen Antheil auf den Markt bringen kann.

Besonders nachtheilig ist der Einfluss, den die Theilpacht auf die Bewirthschaftung des verpachteten Guts oder Grundstücks hat. Dem Pachter ist es nicht möglich, Geldmittel auf Culturverbesserungen zu verwenden, weil die erzielten höheren Erträge weniger ihm als dem Verpachter zu gute kommen würden. Auch auf den Vortheil eines stärkeren Futterbaues muss er verzichten, da der Verpachter, der nur an dem Getreideertrage Antheil hat, ein Abweichen von der bisherigen Wirthschaftsweise nicht würde gestatten wollen.

Wenn nun aus diesen Gründen die Theilpacht in Deutschland unbeliebt und ungebräuchlich geblieben ist, so begreift es sich, warum unsere Jurisprudenz sich nicht die Mühe gegeben hat, die rechtliche Natur der Theilpacht eingehend zu untersuchen, so dass es insbesondere für die Theorie dieses Instituts nach römischem Recht an einer umfassenden Litteratur durchaus gebricht.

Einen künftigen Bearbeiter dieser Theorie, welche ja wenigstens für die südlichen Gegenden, in welchen Theilpacht gebräuchlich ist, immerhin von Wichtigkeit bleibt, möchte ich hier auf die Bestimmungen aufmerksam machen, welche in dem Bauernrecht der Isaurischen Kaiser enthalten sind. Ich fühle mich hiezu um so mehr veranlasst, als meine Darstellung in der Geschichte des griechisch-römischen Rechts 2. Aufl. S. 234 der Berichtigung bedarf. Vielleicht ist man berechtigt, von diesen Bestimmungen, die nur theilweise neues Recht enthalten, auf das Bauernrecht wenigstens der Justinianischen Zeiten Rückschlüsse zu machen.

Die sogenannten Leges rusticae oder der *νόμος γεωργικός* der Isaurischen Kaiser können als eine Polizeiordnung für das platte Land bezeichnet werden. Aber es lassen sich in demselben die Spuren der Agrarpolitik und der Agrargesetzgebung jener von der späteren Orthodoxie so arg verleumdeten Kaiser verfolgen; Spuren, welche die gesunden Reformbestrebungen dieser Kaiser auch in Beziehung auf die Landes-

cultur vor Augen zu führen geeignet sind. Sie lassen uns darauf schliessen, dass die kaiserliche Gesetzgebung die Dienstpflicht aufgehoben und die Freizügigkeit gestattet hatte. Aber auch in den Bestimmungen über Theilpacht zeigt sich das einsichtige Streben nach Hebung der Landescultur, welche unter den räuberischen Einfällen slavischer Völker einerseits und mohamedanischer andererseits schwer gelitten hatte.

Der *νόμος γεωργικὸς* kennt die Theilpacht in doppelter Form: als *μορτὴ* und als Halbbau.

Μορτίτης heisst, wer fremdes Ackerland gegen Abgabe eines aliquoten Theiles der geernteten Früchte an den Eigenthümer bebaut. Er bedarf dazu der Einwilligung des letzteren: indessen genügt es, dass der Eigenthümer von dem thatsächlichen Anbau Kenntniss habe und nicht widerspreche. Wer ohne Wissen des Eigenthümers den Acker desselben bestellt und besäet, erhält für Arbeit (*ἐργατίας*, Arbeitslohn, so ist nach alten Handschriften zu lesen) und Aussat keine Entschädigung, die Früchte fallen vielmehr dem Grundeigenthümer zu. (Leg. rust. I, 2. 7. Tit. X § 2 der gedruckten Ausgaben fehlt in der ursprünglichen Recension der ältesten Handschriften.) Nur wer fremdes verwildertes Land wieder in Cultur bringt, darf dasselbe zum Lohne drei Jahre lang nutzen und muss es erst alsdann dem Eigenthümer wieder überlassen (Ibid. I, 12)[1]). Aus allen diesen Bestimmungen geht deutlich hervor, dass von dem Theilbauern angenommen wird, er liefere nicht bloss die Arbeit, sondern auch die für die Bestellung erforderliche Aussaat, Zugkraft u. s. w. aus eigenen Mitteln. Die Abgabe, welche der Theilbauer an den Grundeigenthümer zu leisten hat, besteht in der zehnten Garbe: *μορτίτου μέρος δεμάτια θ' χωροδότου μέρος δεμάτιον ἕν, ὁ δὲ ἐκτὸς τούτων μεριζόμενος θεοκατάρατος* (Leg. rust. I, 21). Und zwar hat der Grundeigenthümer das Recht, sich die zehnten Garben auszuwählen, bevor der Theilbauer die Ernte abzufahren befugt ist (Leg. rust. I, 20).

Die *μορτὴ* ist ein uraltes Institut. Der Zehnte, welcher den Leviten zu entrichten war (Levit. 27, 30, Numer. 18, 21 ff.), erscheint in der That als eine Art *μορτή*. Das Solonische

---

[1]) Eine andere Ausnahme im Culturinteresse findet sich ibid. X, 1.



Gesetz kannte sie und bestimmte die Abgabe des Theilbauern an den Grundeigenthümer auf den sechsten Theil der Früchte. Wo diese Abgabe des Sechstels herkömmlich war, gewährte die durch die Isaurischen Kaiser angeordnete Herabsetzung auf einen Zehnten dem Theilbauern grosse Erleichterung. Im XIV. Jahrhundert und der Folgezeit findet man die *μορτὴ* besonders bei Grundstücken der Kirchen und Klöster im Gebrauch, bald in Folge einer ausdrücklichen *ἔκδοσις*, bald als eine von dem Anbauer auf solchen Grundstücken auch ohne besondere Abmachung zu leistende Abgabe[2]).

Von der *μορτὴ* unterscheidet sich die andere Art der Theilpacht — der Halbbau — theils dadurch, dass sie an Grundstücken stattfindet, welche einen Fruchtgenuss gewähren, ohne dass es weiterer Auslagen bedarf als nur gewisser Handarbeiten, z. B. an Weinbergen, an Oelpflanzungen, theils dadurch, dass, wo noch anderer Aufwand zur Erzielung von Ernten zu machen ist, dieser doch wenigstens durch den Eigenthümer beschafft wird, so dass der Halbbauer nur die vorkommenden Arbeiten zu leisten hat. In beiden Fällen erhält der *ἡμισειαστὴς* als Lohn für seine Arbeit die Hälfte des Ertrages. Er hat aber die Arbeit *κατὰ τὸ πρέπον* zu leisten, wie dies ein guter Wirth thun würde; er darf also die vom Eigenthümer erhaltene Saat nicht bloss obenauf streuen, darf nicht das Umgraben und Beschneiden der Weinstöcke vernachlässigen, widrigenfalls er seines Antheils an den Früchten verlustig geht (Leg. rust. I, 22. 23). Wer einen Halbbau übernommen hat, kann, so lange die Arbeiten noch nicht begonnen haben, von dem Uebereinkommen zurücktreten, nur muss er den Eigenthümer rechtzeitig benachrichtigen, damit es lediglich dessen Schuld ist, wenn eine Vornahme der nöthigen Arbeit

---

[1]) Vgl. überhaupt Stephan. thesaur. s. v. und die dort citirten Stellen. Leist, Altar. Ius gentium S. 449. — [2]) Vgl. die Acta et diplomata ed. Micklosich et Müller I p. 508, II p. 62. 201, IV p. 35. 39. 40. 145. 218. 220. 254. 293, VI p. 211 sqq. In letzterer Stelle findet sich folgende wichtige Bestimmung: wenn ein Bauer ein Grundstück von Alters her bewirthschaftet, davon aber Zehnten entrichtet, so ist zu vermuthen, nicht dass dem Bauer das Eigenthum wenngleich mit der Zehntpflicht belastet zustehe, sondern dass das Grundstück Eigenthum des Zehntherrn sei: *τὸ γὰρ ἐπιμόρτως ἔχειν αὐτὴν μᾶλλον ἀλλοτρίαν ἐμφαίνει ταύτην καὶ οὐ γονικήν.*

unterbleibt (Leg. rust. I, 24). Ist aber der Eigenthümer abwesend, so dass er also nicht benachrichtigt werden und ihn jedenfalls keine Schuld treffen kann, wenn für die erforderliche Arbeit nicht gesorgt wird, so kann der Halbbauer die Arbeit nicht unterlassen, widrigenfalls er den doppelten Betrag des erwarteten Fruchtertrags zahlen muss (Leg. rust. I, 25).

Zum Schlusse sei darauf aufmerksam gemacht, dass die Bestimmungen über die *μορτὴ* und die *ἔκδοσις ἐφ' ἡμισείας* auch noch nach einer anderen Richtung von Interesse sind. Denken wir uns den Ertrag des Bodens bedingt nicht allein durch die in demselben liegenden und wirkenden Naturkräfte, sondern auch durch den Aufwand an Arbeit und Capital, welcher auf denselben verwendet ist, dass also ein Theil des Ertrags als die naturgemässe Grundrente, ein anderer als Arbeitsverdienst, ein dritter als Zins des Betriebscapitales erscheint, so fragt es sich, in welchem Verhältniss diese drei Factoren an dem Ertrage betheiligt sind oder der wievielte Theil des Ertrages dem einen oder dem andern Factor anzurechnen ist. Wie man sich im Alterthume diese Frage beantwortet hat, das kann man nun wohl aus den angeführten Bestimmungen annähernd schliessen. Für die Arbeit erhält der *ἡμισειαστὴς* $^5/_{10}$, für den benutzten Boden der Eigenthümer die *μορτὴ* im Betrage von $^1/_{10}$, so bleiben also $^4/_{10}$ als Zins des Betriebscapitales. Ob auch in unseren Tagen ein ähnliches Verhältniss als annähernd richtig betrachtet werden kann, dies zu untersuchen ist nicht Sache der gegenwärtigen Bemerkungen.

XXXII.

Kritisches zu Nov. LXVI (47).

Justinian verordnet in Nov. LXVI (47) (für welche ich unter Verwerfung der Anmerkung auf p. 414 meiner Novellenausgabe als richtiges Datum jetzt mit Schöll pridie Kal. Sept. anerkenne), dass die Tabellionen und Schreiber bei Gerichts- oder Verwaltungsbehörden Urkunden beginnen sollen mit der Angabe des Herrschaftsjahres des Kaisers, alsdann erst sei zu setzen der Name des Jahresconsuls, und drittens die Indiction

(*ἐπινέμησις*), worauf Monat und Tag folgen möge. Es soll dies geschehen *εὐθὺς ἀπὸ τῆς προϊούσης πρώτης ἐπινεμήσεως*. Das Authenticum übersetzt mox a procedente prima indictione, und Schöll: statim a prima indictione quae . . . procedit. In beiden Uebersetzungen kommt nicht hinreichend zum Ausdruck, dass *εἶμι, πρόειμι* die Bedeutung des Futurums hat, was auch ich in meiner Ausgabe p. 414 not. 6 übersehen hatte; die Hombergksche Uebersetzung (indictione quae veniet) trifft das Richtige. Auf deutsch etwa: „die Verordnung soll gelten sofort von der ersten Indiction an, deren Beginn bevorsteht", weil nämlich die Verordnung am 31. August der XV. Indiction erlassen ist, und die I. Indiction anderen Tags, am 1. September, anhob.

Demnächst zeigt Justinian an einem Beispiele, wie der Kopf der Urkunden alsdann lauten müsse:

> *Βασιλείας Ἰουστινιανοῦ τοῦ θειοτάτου αὐγούστου καὶ αὐτοκράτορος ἔτους ἑνδεκάτου, μετὰ τὴν ὑπατείαν Φλαβίου Βελισαρίου τοῦ λαμπροτάτου ἔτους δευτέρου, τῇ πρὸ τόσων δέ.*

Diese letzteren Worte, welche grade so in der Venetianer Handschrift stehen, haben in den Ausgaben wie in den Basiliken XXII, 2, 2 die Aenderung in *τῇ πρὸ τοσῶνδε* erhalten: aber verständlicher sind sie dadurch nicht geworden. Das Authenticum „toto (oder nono) kalendas" trägt zum Verständniss und zur Verbesserung nichts bei. Und der Vorschlag, den ich in meiner Ausgabe auf p. 413 not. 5 gemacht habe (*τῇ πρὸ νόννων δ'*), reicht nicht aus, auch wenn man keinen Anstoss daran nehmen wollte, dass eine Beziehung auf Nonae ganz unerklärlich sein würde.

Wie ist nun wohl zu helfen?

Dem Kaiser kam es darauf an, in den Urkunden an die Spitze der Datirung das Kaiserjahr zu setzen: der Consul sollte an zweiter Stelle, die Indiction an dritter Stelle genannt werden: nur nebenbei wird bemerkt, dass Monat und Tag folgen möge (*παρεπομένου τοῦ μηνὸς καὶ τῆς ἡμέρας*). So wird man in dem Beispiele die Bezeichnung der Indiction, die sonst vermisst würde, in der verderbten Stelle zu suchen haben. Lediglich in Beziehung auf die Jahresbezeichnung hatte der Kaiser etwas Neues bestimmt, die Bezeichnung von

Monat und Tag war unverändert gelassen: daher wäre es überflüssig gewesen, in dem gegebenen Beispiele auch diese aufzuführen. Und nicht bloss überflüssig, sondern den Zusammenhang störend wäre eine solche Anführung gewesen. Denn überall ist hier nur von der Jahresbezeichnung die Rede, indem im unmittelbaren Anschluss an die betreffende Stelle bemerkt wird, dass offenbar die angegebene Zahl des Kaiserjahres im Laufe des nächsten Jahres mit dem 1. April als dem Tage, an welchem seiner Zeit der Regierungsantritt erfolgt sei, um eine Einheit erhöht werden müsse.

Aus allen diesen Gründen ist anzunehmen, dass in der verderbten Stelle ursprünglich die Bezeichnung der Indiction und nur diese Bezeichnung gestanden habe. Da liegt dann die Vermuthung nahe, dass gelesen werden müsse: *τῆς πρώτης ἰνδικτίονος* (*THC* statt *THI*, *ΠPωTHC* statt *ΠPOTOC* *'INΔI* statt *ωNΔE* sind leichte Emendationen). Der Uebersetzer des Authenticum, dem die Stelle nur in verderbter Gestalt vorgelegen hat, hat sich durch das *νδὲ* verleiten lassen, kalendas zu ergänzen, was aus den angeführten Gründen als verfehlt zu betrachten ist. Das lateinische Indictio statt des griechischen *ἐπινέμησις*, welches der Kaiser in der Novelle sonst überall braucht, darf nicht auffallen: denn gerade bei solennen Datirungen ist damals der lateinische Ausdruck vorgezogen worden. Das zeigt ganz besonders die der Zeit nach unmittelbar folgende Nov. LXVII (50), deren Subscription vielleicht gerade mit Rücksicht auf die vorgeschlagene Lesart mit ind. I schliesst.

XXXIII.

Nov. LXVI (47) als Grundlage der Chronologie von Justinian bis auf Leo den Weisen.

Nach Nov. LXVI (47) war das Jahr, in welches der Monatstag fällt, an welchem eine Urkunde aufgenommen wird, oder auch sonst *ἐν ἅπασιν ἐν οἷς μνήμη τὶς γένηται χρόνου*, auf dreifache Weise zu bezeichnen:

1. durch Angabe der Dauer der Regierung des jeweiligen Kaisers (Kaiserjahr),

2. nach der althergebrachten Rechnung nach Consulaten und Postconsulaten (Consulatsjahr),
3. durch Angabe der Zahl, welchen die jeweilige Indiction im laufenden Cyklus hatte (Indictionsjahr).

I. Das Kaiserjahr (annus imperii, *ἔτος τῆς βασιλείας*) umfasst eine Zeit von zwölf Monaten oder 365 Tagen gleich dem Kalenderjahre, hat aber nicht wie dieses einen ein für allemal bestimmten Anfangstag, sondern beginnt mit dem Tage, an welchem die Ausrufung des jedesmaligen Kaisers stattgefunden hat. So rechnet Theophanes bei den Jahren 451. 453 ed. Paris. 89. 91 von der *ἀναγόρευσις* des Kaisers Marcianus an. In der Regel erfolgt die *ἀναγόρευσις* durch den Senat oder die berufene Versammlung der höchsten weltlichen und geistlichen Würdenträger, welche in späteren Zeiten die Stelle des Senats vertritt. Der Dichterling Corippus giebt in seinem Poem de laudibus Iustini eine anschauliche Schilderung des Hergangs. Der Liber de caerimoniis beschreibt I, 91 die *ἀναγόρευσις* des Kaisers Leo, I, 92 die des Kaisers Anastasius, I, 96 die des Nicephorus[1]). Allerdings gab es Ausnahmefälle, wie denn der Liber de caerimoniis I, 94 von einer solchen *ἀταξία* erzählt. Aber von einer festen Regel, was in solchen Ausnahmefällen als *ἀναγόρευσις* anzusehen sei, kann eben wegen der *ἀταξία* nicht die Rede sein: vielleicht trat eine Art Antrittspatent an die Stelle der Ausrufung. Nicht selten werden von dem regierenden Kaiser, der alsdann *μέγας βασιλεὺς* heisst, Andere als *μικροὶ βασιλεῖς* ernannt, wie der Liber de caerimoniis I, 95. 96 beschreibt. Dies hat an sich auf die Zeitrechnung ebensowenig Einfluss, als wenn Jemand zur Würde eines *Νοβιλίσσιμος* oder eines *Καῖσαρ* erhoben worden ist. Indessen wurde häufig zur mehreren Ehre des also Ausgezeichneten besonders angeordnet, dass die Jahre seiner Ernennung neben dem Kaiserjahre bei Datirungen anzugeben seien: in Fällen, wo dies nicht geschehen, wird dies

---

[1]) II, 17 war enthalten die verloren gegangene *Ἀναγόρευσις Ῥωμανοῦ τοῦ πορφυρογεννήτου υἱοῦ Κωνσταντίνου βασιλέως*. — Bemerkenswerth ist es, dass die Kaiser bei Gelegenheit der *ἀναγόρευσις* sehr oft einen Beinamen oder sogar einen ganz neuen Namen erhalten oder angenommen haben, wie es ähnlich bei der Wahl der Päpste der Fall war und ist.



dann wohl in den Quellen besonders hervorgehoben. (Die Beläge findet man besonders im Chronicon Paschale.) Endlich findet die Ernennung zum Nebenkaiser zuweilen in der Weise statt, dass demselben zugleich die Regierung übertragen wird, wie dies z. B. bei Tiberius der Fall war. Es war wohl selbstverständlich, dass eine solche Herrschaft bei den Datirungen zum Ausdruck kam.

II. Das Consulatsjahr ist mit dem Julianischen Kalenderjahre identisch. Es beginnt mit dem 1. Januar, gleichviel ob der beim Antritt des Consulats herkömmliche Aufzug, verbunden mit dem Werfen von Missilien unter das Volk, wie die darauf folgenden öffentlichen Spiele einige Tage früher oder später stattfinden. Den processus consularis hielt aber nur der Consul, dessen Name zur Bezeichnung des Jahres zu dienen bestimmt war, nicht die *ὕπατοι*, denen diese Würde nur als ein mit bestimmtem Rang verbundener Titel verliehen war: von solchen *ὕπατοι* spricht z. B. der Liber de caerimonus I, 9. 38 und II, 33, und zuletzt erhält den Titel *ὕπατος* der Dekan der philosophischen Facultät an der im Jahre 1045 restaurirten Hochschule zu Constantinopel. — War ein *ἐπώνυμος* Consul nicht ernannt worden, so wurde das Jahr als post consulatum (*μετὰ ὑπατείαν*) des vorhergegangenen Consuls bezeichnet: kam ein drittes *ἀνύπατον ἔτος* hinzu, so hiess es post consulatum illius iterum oder anno II, und so fort, und wenn in diesen späteren consullosen Jahren eine Rückbeziehung auf jenes erste *ἀνύπατον ἔτος*, welches als post consulatum bezeichnet worden war, stattfand, so wurde dem post consulatum illius mitunter ein anno primo hinzugefügt. So die officiellen Datirungen. (de Rossi in den Inscript. christianae I p. XLVII vermuthet — ohne hinreichenden Grund —, dass Letzteres von Justinus II. angeordnet worden sei.) Im gemeinen Leben aber hat man, wie es scheint, verschieden gerechnet: entweder so, dass man z. B. das Jahr Belisario consule als *ὑπατείᾳ Βελισαρίου μόνου α'*, das post cons. Belisarii als *ὑπατείᾳ Βελισαρίου β'* bezeichnete, oder so, dass man unter *ὑπατεία* nur die Feier des Antritts des Consulats verstand, und gleich das erste Jahr, welches consule illo war, als *μετὰ ὑπατείαν* oder post consulatum illius anno I datirte. Die officielle Datirung hat man unpassender

Weise die Marcellinische, die andere nach Victor Tunnunensis benannt. Das Chronicon Paschale rechnet nach allen drei Methoden, was wohl zu erklären ist als ein Zeichen der verschiedenen Fortsetzungen des herkömmlichen Werks.

Zum ἐπώνυμος Consul ernannt zu werden galt bis zu Anfang des VI. Jahrhunderts als hohe Auszeichnung: die Kostspieligkeit der Antrittsfeier war kein Hinderniss für die Annahme der Auszeichnung. Auch die Kaiser verschmähten nicht, zumal bei Antritt ihrer Regierung, das Consulat zu übernehmen: es scheint als eine Pflicht der kaiserlichen Würde angesehen worden zu sein, dass der Kaiser diese Gelegenheit wiederholt ergriff, um sich durch reiche Spenden und glänzende Spiele beim Volke beliebt zu machen. Noch Justinian ist viermal als Consul aufgetreten. Mit dem Jahre 537 ist aber durch Nov. LXVI (47) ein Umschwung herbeigeführt worden. Je mehr die Benennung des Consuls hinter der des Kaisers bei Datirungen zurücktrat, um so geringer musste die Ehrenauszeichnung des Consulats erscheinen und um so weniger begehrt werden. Zudem mochten die mit der Uebernahme des Consulats verbundenen Spenden und Spiele zu einem Verdachte grosser Reichthümer und des Haschens nach Volksgunst Veranlassung geben, was in damaliger Zeit gefährlich werden konnte. Mochte auch Justinian durch die ungeschickten Bestimmungen der Nov. LXXXI (105) noch einmal im Jahre 537 versuchen, Candidaten für das Consulat anzulocken, und mochte es auch dem Beispiel und den Bemühungen des Präfecten Joannes gelingen, noch weitere drei Male Consuln zu erhalten, so erscheint doch von 542 ab kein Privater mehr als Consul, sondern dieses und die folgenden Jahre sind ἀνύπατα ἔτη, Jahre post consulatum des letzten Consuls Basilius. Der Kaiser Justin aber übernimmt wieder nach altem Brauch sofort nach Antritt der Regierung in der hergebrachten feierlichen Weise das Consulat. Justin wiederholt dies noch einmal, wie dies auch frühere Kaiser sogar noch öfter gethan hatten. Seitdem ist es unabänderliche Regel geblieben, dass jede βασιλεία nach erfolgter ἀναγόρευσις durch eine ὑπατεία zu feiern sei.

Es mag hier besonders ein Irrthum berichtigt werden, welchem Pagi in seiner Dissertatio hypatica verfallen ist.

Er sagt p. 349 sq.: a Constantino Pogonato consulatus tribuniciae potestatis instar assumtus i. e. tot imperii anni quot consulatus contra decessorum morem ab imperatoribus numerati sunt. Das ist nun allerdings scheinbar richtig (wenn auch nicht vollständig) bei Constantinus Pogonatus und seinen Nachfolgern. Allein, ganz abgesehen von der hier gewiss nicht angezeigten Analogie der Rechnung nach Jahren der tribunicia potestas, so ist die behauptete Thatsache doch nur scheinbar Folge einer neuen Regelung der kaiserlichen Consulate. Die *ὑπατεία* wurde nämlich nicht bloss von den Herrschern beim Antritt ihrer Regierung ausgeführt, sondern auch von den von ihnen ernannten *μικροὶ βασιλεῖς*. Es war dies auf die Datirungen nicht von Einfluss, falls es nicht ein kaiserlicher Befehl ausdrücklich verordnete. Und es erfolgte diese *ὑπατεία* unmittelbar nach der Ernennung, gleichviel ob dieselbe mit dem Jahreswechsel zusammentraf oder nicht. Diejenigen Kaiser nun, welche schon vorher als *μικροὶ βασιλεῖς* den consularischen Aufzug abgehalten hatten, brauchten denselben nicht zu wiederholen, sondern konnten bei ihrem Regierungsantritt gleich post consulatum datiren. So, und nicht als Folge veränderter Grundsätze, ist es zu verstehen, wenn Constantinus Pogonatus, Justinianus Rhinotmetus und andere zu Anfang ihrer Regierung mit einem post consulatum I datiren. Pagi würde dies gewiss selbst erkannt haben, wenn er nicht übersehen hätte, dass dieses Postconsulatsjahr regelmässig mit dem Jahreswechsel beginnt und daher von dem Eintritt des Kaiserjahres unabhängig ist.

Von dem *ποιεῖν ὑπατείαν*, wie von der Zeitrechnung nach Herrscher- und Consulatsjahren führen Spuren bis auf den Macedonier Basilius. So heisst es beim 2. October 811: *ἐλθούσης πάσης τῆς συγκλήτου τοῦ ὄρθρου τούτου* (nämlich den Michael Rhangabes) *ἀνηγόρευσαν βασιλέα .... ἐφ' ᾧ κοινὴ ἀγαλλίασις γέγονε* (Theophanes). Als Bardas zum Cäsar ernannt worden war (858): *τῇ δ' τῆς διακαινησίμου* (Woche nach Ostern) .. *ἐπὶ ἅρματος ἐποχηθεὶς ἔδωκεν ὑπατείαν τῇ Μέσῃ* (Leo Gramm. ed. Paris. p. 262). Derselbe Leo erzählt p. 470 von der *προέλευσις* des Kaisers Basilius *εἰς τὴν μεγάλην ἐκκλησίαν* am Weihnachtstage, *τοῦ βασιλέως ῥίπτοντος ὑπατείαν ἐν τῇ ὁδῷ*. Endlich in den Verhand-

lungen der Synode von 870 finden sich noch bei den einzelnen Actionen oder πράξεις Datirungen nach Consulats- und Kaiserjahren (Mansi XVI p. 310 sqq.). Marini Papir. p. 262 giebt ein Testament des Consuls von Gaeta, Namens Docibilis, welches er dem Jahre 906 zuschreibt. Es ist gemacht „Imp. domino nostro Leone et Alexandro Porfirogeñ a deo coronati magñ pacifici Imperatoribus anno vicesimo octavo mense Fēbr. indict. nona Kajeta". Aber mag es auch echt und richtig gelesen sein, so ist doch wohl das 28. Regierungsjahr von Leo und Alexander ein Irrthum des Schreibers, der damals noch keine Kenntniss von dem Tode Leos gehabt haben mag. Wie dem auch sei, so ist jedenfalls nur nach dem Jahr der Herrschaft, nicht aber nach dem des Consulats datirt.

Man hat wohl eine Novelle Leos des Weisen (Coll. II Nov. 94) als eine Verordnung angeführt, durch welche das Consulat aufgehoben worden sei. Allein diese Novelle hebt nur Justinians Nov. LXXXI (105) auf, lässt aber im übrigen die Consulate, insbesondere das kaiserliche Consulat, bestehen. Und so ist denn auch Justinians Nov. LXVI (47), welche die Datirung nach Kaiserjahren neben den Consulatsjahren vorschreibt, in die Basiliken XXII, 2 aufgenommen. Indessen sagt ein Scholiast zu dieser Stelle: τοῦτο νῦν κρατεῖ ἐπὶ τῶν ἐμφυτεύσεων καὶ τῶν ἄλλων ἐκδόσεων, ἐπὶ δὲ τῶν ἄλλων ὑποθέσεων οὐκ οἴδαμεν ταύτην πολιτευομένην τὴν νομοθεσίαν. Und schon unter Romanus Lacapenus ist eine Datirung der Gesetze nach Indictionen und Jahren seit Erschaffung der Welt gebraucht worden (Coll. III Nov. 2. 5). Der Liber de caerimoniis weiss nichts mehr von einem processus consularis und hält sich ebenfalls an die Zeitrechnung nach Jahren seit Erschaffung der Welt.

III. Das Indictionsjahr beginnt mit dem 1. September und läuft bis Ende August des folgenden Kalenderjahres. Ursprünglich war das einzelne Indictionsjahr sowie der Cyklus von 15 Indictionsjahren von lediglich finanzieller Bedeutung. Allmählich aber ist das Indictionsjahr im gemeinen Verkehrs-

---

[1]) Ein Praeceptum Leonis imperatoris de omnibus rebus sancti Benedicti, datirt ind. IX in anno 6459, im Archiv von Monte Casino (Trinchera Syll. membran. p. 2) ist offenbar unecht.



leben zu Zeitbestimmungen überhaupt gebraucht worden. Dazu eignete es sich vorzüglich, wenn und wo die Jahresconsuln noch nicht bekannt geworden waren, besonders aber nachdem durch Hinzufügung des Kaiserjahres zum Consulatsjahre möglichen Irrthümern der Schreiber vermehrte Gelegenheit gegeben war. Wie beliebt die Zeitrechnung nach Indictionen geworden war, ersehen wir namentlich aus den byzantinischen Chronographen. Theophanes (im Texte, nicht in den synchronistischen Tabellen), der Patriarch Nicephorus, Leo Grammaticus rechnen vorzugsweise nach Indictionen. Und in späterer Zeit sind die kaiserlichen Schreiben und *προστάγματα* lediglich nach Monat und Indiction mit der Kaiserdinte datirt worden: nur die *χρυσόβουλλοι λόγοι* erhalten in der Unterschrift auch noch die Jahreszahl der Weltära.

Die Reihenfolge der Indictionen ist in den Quellen eine regelmässig fortschreitende: eine verschiedene Zählung derselben ist wenigstens für die in Betracht kommenden Zeiten nicht nachweisbar. Wenn die Paschalchronik und Victor Tunnunensis den Tod Justinians in die XV. statt in die XIV. Indiction setzen, so ist in jener das Irrthümliche auf die Verderbtheit der ganzen Stelle zurückzuführen, bei Victor aber ist die Zahl wohl ebenso der Verbesserung bedürftig, so dass eine abweichende Art der Indictionenzählung nicht angenommen werden darf. Zweifelhaft bleibt nur eine Zeitbestimmung in der Ueberschrift der Ecloga und bei Theophanes: dort heisst es, die Ecloga sei *ἐκτεθεῖσα ἐν μηνὶ μαρτίῳ ἰνδ. θ' ἔτους ἀπὸ κτίσεως κόσμου ͵ϛσμη'*, Theophanes sagt: *ἔτος ἦν ἀπὸ κτίσεως κόσμου κατὰ ῥωμαίους ͵ϛσμη' ἀπὸ Ἀδὰμ, κατὰ δὲ αἰγυπτίους ἤγουν ἀλεξανδρεῖς* (deren Rechnung er in den synchronistischen Tabellen folgt) *͵ϛσλβ'* . . .[1]). *τῷ αὐτῷ ἔτει τῆς θ' ἰνδ. μηνὶ ἰουνίῳ ιη' τέθνηκε Λέων κτλ.* Nun fällt aber auf das Jahr der Welt 6248 nach der gewöhnlichen Rechnungsweise nicht die IX., sondern die VIII. Indiction. (Heimbach *Ἀνέκδ.* I p. 270 ist unklar.) Entweder also sind zur angegebenen Zeit die Jahre der Welt *κατὰ ῥωμαίους* anders gerechnet worden, als man gewöhnlich annimmt, oder die In-

[1]) Ein offenbar später hier eingeschobener Zusatz besagt: *ἐβασίγευσεν οὖν Λέων ἀπὸ κέ τοῦ μαρτίου μηνὸς τῆς ιε' ἰνδ. ἕως μηνὸς ἰουνίου ιη' τῆς θ' ἰνδ. βασιλεύσας ἔτη κδ' μῆνας β' ἡμέρας κέ.*



dictionen sind anders gezählt. Das Letztere ist nicht gut möglich, da Leos Tod in der That in die IX. Indiction fällt, wenn man nach Theophanes seinen Regierungsantritt auf den 25. März 717 setzt und die Regierungsdauer zu 24 Jahren 2 Monaten und etlichen Tagen rechnet. Die Lösung der Schwierigkeit ist daher in den angegebenen Jahren der Welt *κατὰ ῥωμαίους* zu suchen. Und nichts hindert, anzunehmen, dass dieselben damals so gezählt worden sind, dass 6248 war, was die spätere byzantinische Weltära 6249 nennt. Denn wenn man zum Beweise, dass nach dieser letzteren Aera bebereits früher als 740 gerechnet worden sei, sich auf c. 3 der synodus Trullana vom Jahre 692 berufen hat, so hat man übersehen, dass hier das angeführte Jahr der Weltära auf einer späteren Interpolation beruht. In c. 3 wird eine Frist auf den 15. *τοῦ διελθόντος ἰανουαρίου μηνὸς* gesetzt, und hinzugefügt *τῆς παρελθούσης δ' ἰνδ.*, um jedes Missverständniss auszuschliessen, falls die Publication der Beschlüsse erst nach dem darauf folgenden Januar erfolgen konnte. Aber damit war offenbar genug gethan, zumal die gesetzte Frist nur eine vorübergehende Bedeutung hatte. Wenn später das Jahr der Welt hinzu interpolirt worden ist, so hängt dies mit den chronologischen Streitigkeiten zusammen, von denen Theophanes ed. Paris. p. 301 berichtet: Streitigkeiten, die unmöglich hätten entstehen können, wenn in c. 3 das Jahr der Welt gleich ursprünglich genannt gewesen wäre. Die älteste mir bekannte officielle Datirung nach einer Weltära findet sich vielmehr in einer Inschrift vom Jahre 834, welche in Bandini Imp. Orient. I p. 183, II p. 87 mitgetheilt ist. Allein leider sind die Zahlen so unsicher überliefert, dass man zweifelhaft bleibt, ob hier nach der späteren byzantinischen Weltära gerechnet ist.

Die dreifache, mit einander nicht harmonirende Bezeichnung des Jahres hat den byzantinischen Chronographen begreiflicher Weise Verlegenheiten bereitet. Denn sie konnten die geschichtlichen Daten unmöglich in der für *συμβόλαια* vorgeschriebenen dreifachen Form wiedergeben, da dies den Lesern als abstossende Schwerfälligkeit hätte erscheinen müssen.

Sie haben daher versucht, die drei Arten der Jahresdatirung auf ein Einheitsjahr zurückzuführen. Die Paschalchronik giebt ein anschauliches Bild eines solchen Versuchs: ebenso Theophanes, der in seinen synchronistischen Tabellen das Jahr nach Erschaffung der Welt (*κατὰ τοὺς Ἀλεξανδρεῖς* — 16 Jahre niedriger als die Rechnung *κατὰ τοὺς Ῥωμαίους* —) und das Jahr seit der Menschwerdung Christi (— 8 Jahre niedriger als wir von der Geburt Christi rechnen —) zur Basis nimmt. Die natürliche Folge dieser Versuche ist, dass die Chronographen zuweilen verschiedene Zeitangaben zu machen scheinen, während die Verschiedenheit lediglich auf der verschiedenen Reduction der officiellen Datirung beruht. Uebrigens sind die Schriftsteller sich auch nicht immer consequent in ihren Reductionen geblieben, so dass diesen fictiven Datirungen gegenüber grosse Vorsicht geboten ist.

In den angegebenen Schwierigkeiten mag auch die Hauptveranlassung gelegen haben, dass mit dem X. Jahrhundert die neue officielle Datirung nach Jahren der Welt aufkommt, eine Datirung, die umsomehr eine Vereinfachung der Zeitrechnung herbeiführte, als das Jahr der byzantinischen Weltära ebenso wie das noch beibehaltene Indictionsjahr mit dem 1. September beginnt, eine jede Disharmonie in der Jahrzählung mithin aufhörte.

So hat zu Anfang des X. Jahrhunderts die dreifache Jahresbezeichnung der Nov. LXVI (47), welche zum Theil in der Eitelkeit Justinians ihren Grund hatte, einer einfacheren Datirung weichen müssen.

XXXIV.

Die Ueberlieferung der Novellen Justinians.

In den verschiedenen Sammlungen und Handschriften, in welchen uns Justinians Novellen überliefert sind, stammt eine Reihe von Novellen aus den Concepten, nach welchen die Ausfertigungen gemacht werden sollten. Ich meine diejenigen Novellen, in und bei welchen Bemerkungen vorkommen, welche bei den Ausfertigungen je nach den verschiedenen Adressaten zu beachten waren.

Vor allen gehört hieher Nov. XII (6), bei welcher nicht

bloss die verschiedenen Adressaten, für welche Ausfertigungen zu machen waren, sondern auch die adiectiones oder *παραλλαγαὶ* angegeben sind, mit welchen für den einen oder den anderen Adressaten der Text abzuschliessen war. (Und zwar finden sich solche Angaben nicht bloss im Authenticum, sondern auch der griechische Text des sog. Epilogs in der Sammlung von 168 Stücken wird nur dadurch von dem Vorwurf unerträglicher Tautologien befreit, wenn man ihn in der Voraussetzung, dass er die Schlussformeln für verschiedene Ausfertigungen enthalte, in Theile zerlegt.)

Ferner gehört hieher Nov. XVI (8), bei welcher uns nicht nur die für Bekanntmachung des Gesetzes an die Bischöfe und den Aushang des Edicts in Constantinopel erforderlichen Sätze, sondern auch die für die Ausfertigung an den Präfecten von Illyrien anzuwendende adiectio erhalten ist. Ebenso Nov. XXXIX (14), bei welcher die adiectio an den magister officiorum (Tribonianus) dem Schreiber die Vervollständigung aus dem Vorhergehenden überlässt. (Es muss nämlich hinter dem *Ὅπως ἂν ἅπασι ταῦτα γένοιτο φανερὰ τοῖς τὴν ἡμετέραν ἔχουσι πολιτείαν* aus dem Vorhergehenden hinzugedacht werden *διὰ τοῦτο τῷδε τῷ θείῳ κηρύγματι χρώμεθα ὅπως ἂν εἰδείησαν τὴν περὶ αὐτοὺς σπουδὴν καὶ — — ἐλπίζομεν,* worauf dann fortzufahren ist: *ἡ τοίνυν σὴ ὑπεροχὴ κτλ.*)

Es folgt Nov. XLVIII (22) mit den Bemerkungen am Schlusse. Auch bei Nov. XC (70) ist der sogenannte Epilog wohl in zwei Theile für zweierlei Ausfertigungen zu zerlegen. Bei Nov. XCVIII (79) ist wenigstens bemerkt, an wen die Ausfertigung erfolgt sein musste.

Nov. C (133) hat sogar im Texte verschiedene Lesungen, wie sie nach Verschiedenheit der Adressaten zu befolgen waren.

Nov. CXVI (94) hat zweierlei sogenannte Epiloge, und ebenso wird wohl der Epilog in Nov. CLXVI (134) in zwei Theile zu zerlegen sein, je nachdem die Novelle an den Praefectus Praetorio oder an den Praefectus Urbi auszufertigen war.

Es ist einleuchtend, dass bei allen diesen Novellen die Ueberlieferung auf den Originalconcepten beruht, von welchen Abschriften an die Sammler mitgetheilt worden sein müssen.

Anders verhält es sich mit einer Reihe anderer Novellen, bei welchen die kaiserliche Subscription mit überliefert ist, welche daher nicht aus einem Concept, sondern jedenfalls nur aus einer Originalausfertigung abgeschrieben sein können. So hat Nov. XV (7) von kaiserlicher Hand im Original mit Purpurdinte geschrieben am Schlusse: Divinitas te servet per multos annos sancte ac religiosissime pater; Nov. XX (121) Divinitas te servet per multos annos frater iucundissime; Nov. LVI (42) in der lateinischen Fassung, welche eben deshalb Original ist, in den Acten der fünften Synode, Divinitas te servet per multos annos sancte ac religiose pater; Nov. CXXXI (Auth. 107) Theodote parens carissime atque amantissime; Nov. CXXXIII (Auth. 109) ebenso; Nov. CLXIX Divinitas te servet per multos annos; Nov. CLXXIII (143. 150, Auth. 132) Areobinde oder Leo parens carissime atque amantissime. Endlich Nov. XXXVIII (13) und Nov. CLXXI (141) Proponatur Constantinopolitanis civibus nostris, oder Nov. LXXXIX (69) Proponatur Constantinopoli.

Die blossen Angaben des Datums, welche sich meist am Schlusse der überlieferten Novellen finden, und welche wir Subscriptionen zu nennen pflegen, sind nicht erst von kaiserlicher Hand den Ausfertigungen beigefügt. Zwar könnte man dafür, dass auch das Datum durch Kaisers Hand den Ausfertigungen beigefügt worden sei, den Gebrauch der späteren byzantinischen Zeit anführen, wonach — wenigstens seit dem X. Jahrhundert[1]) — die kaiserlichen Jussiones und Verordnungen sicherlich von dem Kaiser selbst mit der kaiserlichen Dinte (*διὰ κινναβάρεως*) datirt worden sind. Bei den *προστάγματα* und *λύσεις* geschah dies, indem Monat und Indiction *δι' ἐρυθρῶν γραμμάτων· τοῦ βασιλέως* und die *διὰ κηροῦ συνήθης σφραγὶς* am Schlusse hinzugefügt wurden: einer weiteren Unterschrift bedurfte es nicht. Erlasse allgemeiner oder besonders feierlicher Art erhielten ausserdem noch am Schlusse die Bezeichnung des Jahres — und zwar schrieb der Kaiser nur die letzte Zahl des Jahres der Weltära mit der

[1]) Von Leo dem Weisen berichtet der Incert. continuator in der Vita Leonis c. 26 ed. Par. p. 229, dass er geschrieben haben *διὰ κινναβάρεως καὶ βούλλῃ σφραγίσας χρυσῇ.*



Zinnoberdinte — und die Namensunterschrift des Kaisers: mit Seidenfaden angehängt wurde eine Bulle, welche das Siegel des Kaisers in Gold (*χρυσόβουλλον*) enthielt. (Zum Beweise dienen die Anführungen in meinem Ius Graeco-Rom. III, besonders p. 304. 306. 325. 330. 338. 365 u. s. w.[1]) und die mehrfach publicirten Facsimiles von Chrysobullen[2]). Noch vergleiche man Bruns, Die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden S. 78 ff.[3]).) Man darf nun aber nicht von dieser späteren Sitte zurückschliessen wollen auf die subscriptiones der Justinianischen Zeit. Dazwischen liegen die Jahrhunderte, in welchen die letzten Reste römischer Formen durch eigenthümlich byzantinische ersetzt werden. Der Gebrauch der Purpurdinte hört auf, als die kaiserliche Purpurfabrik (*βαφεῖον*) in Tyrus in die Hände der Araber geräth: an ihre Stelle tritt der Gebrauch der *κιννάβαρις*. Die Adressirung der kaiserlichen Verordnungen an hohe Beamte, welche mit der weiteren Bekanntmachung beauftragt werden, hört auf, und damit fällt auch die Grussformel der kaiserlichen Subscription hinweg. An die Stelle der Datirung nach Kaiser- und Consulatsjahren tritt die Datirung nach Jahren seit Erschaffung der Welt. Nach allen diesen Veränderungen muss es als unzulässig erscheinen, die Subscriptionen der späteren byzantinischen Zeit als eine Fortentwickelung der zu Justinians Zeit gebräuchlichen zu betrachten. Und das Vorhandensein eines Datums am Schlusse einer uns überlieferten Novelle ist daher noch kein Beweis, dass dieselbe unbedingt Abschrift eines vom Kaiser vollzogenen Exemplars sein müsste.

Mit der Unterscheidung der beiden verschiedenen Arten der Ueberlieferung soll keineswegs behauptet werden, dass die Verfasser der uns bekannten Novellensammlungen aus verschiedenen Quellen geschöpft haben. Vielmehr ist es

---

[1]) Vgl. auch Acta et diplomata ed. Miklosich et Müller IV p. 376: *τοῖς βασιλεῦσιν νόμος ἀνέκαθεν ἐκείνας τῶν ὑποθέσεων .. διὰ χρυσοβουλλίου λόγου ἐπιτελεῖν, ὅσαι θεσπισμάτων δύναμιν ἔχουσιν ..... τὰς δ' ἄλλας ὡς ἐν ὁρισμοῦ τύπῳ καὶ προστάγματος ἐκπληροῦν σεσημειωμένου δι' ἐρυθρῶν γραμμάτων τὸν μῆνα σαφῶς ὑποδηλούντων.* — [2]) Besonders schön in Illustrazione di tre diplomi Byzantini per P. Placido Napoli 1862. — [3]) Das angebliche Chrysobull von Romanus, welches Bruns S. 86 anführt, ist unecht.

wahrscheinlich, dass sie wenigsten für die Novellen I—CXXV gleichmässig Mittheilungen aus dem kaiserlichen scrinium memoriae zur Grundlage ihrer Sammlungen genommen haben. Dafür spricht, dass Justinian dem Quästor Tribonian die Anlage und Fortführung einer Sammlung der erscheinenden neuen Verordnungen anbefohlen hatte — Nov. XXI (17) pr. — (was demnächst durch dessen adiutores aus den scrinia geschehen musste), und in Nov. XXIII (24) fin., XXIV (25) fin., XXV (26) fin. wiederholt den Präfecten Joannes darauf verweist. Wenn in Nov. CLXV (159) Beamte aus dem officium des Praefectus Praetorio, der princeps[1]) Flavius Johannes und der ab actis Curicus, indem sie die kaiserliche Verordnung publiciren, „optulimus“ sagen, so ist allerdings wenigstens diese Novelle nicht aus dem kaiserlichen scrinium, sondern aus dem Bureau des betreffenden Präfecten überliefert. Dasselbe lässt sich auch bei anderen Novellen wahrscheinlich machen (z. B. Nov. I (155), CXLIV (125)). Auch scheint die anbefohlene Fortführung einer Sammlung der Novellen im scrinium memoriae allmählich unterblieben zu sein. Nach 535 wird nirgends mehr direct darauf hingewiesen. Im Jahre 538 wird von einer Novelle gesagt: *ἥτις ἐν ταῖς μετὰ τὸν κώδικα διατάξεσι κεῖται* — Nov. LXXXVI (66) und I p. 485 meiner Ausgabe — und im Jahre 540, dass die Novelle ein Theil *τῶν ἤδη τεθειμένων νόμων* werden solle — Nov. CXXIV (106) P. II p. 143 meiner Ausgabe —. Dies sind die letzten Spuren einer planmässigen officiellen Sammlung der Novellen. Man braucht bloss das chronologische Verzeichniss der Novellen in meiner Ausgabe P. II p. 428 sq. anzusehen, um zu erkennen, dass mit dem Aufhören der officiellen Sammlung, welches mit dem Sturz des Präfecten Joannes Cappadox und dem Rücktritt Tribonians von der Magistratur[2]) zusammenhängen mag, die Anzahl der

[1]) Ich schlage vor, das PP der Subscription in PR zu ändern und dazu inceps zu ergänzen. Von dem officium des PP Orientis handelt die Notitia c. II § 2. — [2]) In der Appendix zu meiner Novellenausgabe (Lips. 1884) p. 6 habe ich behauptet, dass Ioanne pulso Tribonianus in gratiam rediit. Allein dies ist falsch: denn Nov. CXXXIII (114) vom Jahre 541, auf welche ich mich zum Beweise bezogen, ist nicht mit Rücksicht auf Tribonian erlassen, sondern hängt wahrscheinlich mit der Ernennung seines Nachfolgers Junilius zusammen.

uns überlieferten Novellen plötzlich überaus kärglich wird. Die Juristen, welche es sich angelegen sein liessen, die Novellen zu sammeln, konnten nun nicht mehr aus der reichen Quelle einer actenmässig officiellen Sammlung schöpfen, sondern hatten sich auf das zu beschränken, was ihnen von Novellen auf die eine oder die andere Art zu Gesicht kam.

Zum Schlusse noch Folgendes. Dass Justinian gerade dem Quästor Tribonian den Auftrag giebt, für die Anlegung einer Sammlung der Novellen Sorge zu tragen, weil ihm die quaestoria censura (über die scrinia) gebührt — Nov. XXI (17) prooem. —, dass *καταπέμπεσθαι* (soviel als *κάτω πέμπεσθαι*) gebraucht wird von Novellen, die aus den kaiserlichen Scrinien an Oberbehörden herabgelangen — Nov. CLV (123) in fine —, dass die Ausführung des Befehls Legatur durch ein Legi der betreffenden Behörden zu den Acten constatirt wird — Nov. LXXXI (105) und Nov. XLVIII (22) in fine —, ist sehr verständlich. Aber ich halte es für wahrscheinlich, dass auch Verschiedenheiten zwischen dem griechischen Text der griechischen Sammlungen und dem lateinischen Texte des Authenticum darauf zurückgeführt werden müssen, dass die betreffenden Novellen den Sammlern aus dem scrinium memoriae mitgetheilt sind. In den scrinia wurden auch griechische Texte zum Zwecke der Ausfertigung nach Provinzen der *ἰταλὶς φωνὴ* ins Lateinische, und umgekehrt lateinische ins Griechische für die griechischen Provinzen übersetzt, wobei Verschiedenheiten nicht ausbleiben konnten; sie waren unbedenklich, weil sie der quaestoria censura unterlagen. Ausserdem können Aenderungen bei der Mittheilung an Sammler beliebt worden sein; Kürzungen, wie bei Nov. VII (160) und CXXIII (P. II p. 139 not. 2 meiner Ausgabe), werden schwerlich von privaten Sammlern vorgenommen worden sein. Auch lassen sich Verschiedenheiten, wie die zwischen dem Texte des Authenticum und dem griechischen der Sammlung von 168 Stücken bei Nov. LXV (93) wohl nur auf diesem Wege erklären.

VI.

Zum Sprachgebrauche der römischen Juristen.

Von

Herrn Dr. **Ernst Th. Schulze**

in Berlin.

W. Kalb, Roms Juristen, nach ihrer Sprache dargestellt. Leipzig, B. G. Teubner 1890. 154 SS. 8°.

Der Verfasser, der bereits durch einen Aufsatz „Ueber die Latinität des Juristen Gaius" (vgl. Wölfflins Archiv für lat. Lexicogr. u. Gramm. Bd. I S. 82 ff.), sowie durch die anregende Schrift „Das Juristenlatein" (Nürnberg 1888, 2. Aufl.) sich verdient gemacht hat, unternimmt es in seinem neuen Buche, die Sprache aller römischen Juristen aus der classischen Zeit darzustellen.

Kalb beginnt die Einleitung mit der Bemerkung, dass „bis in die christliche Zeit hinein nahezu alle lateinischen Schriftsteller in ausführlicher Weise" sprachlich untersucht seien. Welches Glück, wenn dem wirklich so wäre! Wer diesen Untersuchungen näher getreten ist, wird nur zu gut wissen, wie unendlich viel noch von der augusteischen Zeit an auf sprachlichem Gebiet zu thun ist. Die an Zahl ja nicht geringen Untersuchungen bewegen sich meist in den alten Geleisen und den namentlich von Wölfflin für die lateinische Sprachbeobachtung aufgestellten Forderungen werden nur recht wenige jener Untersuchungen in vollem Umfange gerecht. Ich unterlasse es, zum Beweise meiner Behauptungen Aeusserungen hervorragender Sprachforscher, wie von Wölfflin selbst, von Schmalz u. a., aus ziemlich neuer Zeit hier anzuführen. Um zu zeigen, wie viel für die lateinische Sprachforschung überall noch zu thun ist, sei nur auf einige Stellen des Kalbschen Buches hingewiesen. S. 7 unten erklärt der Verfasser: „Leider lässt sich aus den Wörterbüchern vom Sprachgebrauch der übrigen Prosaiker nichts erfahren." S. 13

unten: „Wie es in der übrigen Prosa stand, ist noch nicht untersucht.“ S. 26 Mitte: „Wie weit die nichtjuristischen Schriftsteller des ersten und zweiten Jahrhunderts 'plecti' kennen, wissen wir nicht.“ S. 28 oben: „Wann 'penitus non' in Uebung kam, ist noch nicht constatirt.“ (Vgl. noch S. 5 unten, S. 9 oben, S. 12 oben, S. 52 Mitte, S. 62 Mitte, S. 63 unten, S. 70 Mitte, S. 99 unten, S. 109 Mitte, S. 112 oben und unten.) Es kam mir darauf an, dies hier klarzustellen, damit nicht bei den juristischen Lesern des Buches unzutreffende Vorstellungen über den Abschluss eines grossen Gebietes der classischen Philologie hervorgerufen werden.

Zutreffend bleibt ja der Hinweis des Verfassers, dass „von den vielen Juristen noch nicht ein einziger eine Monographie hat“. Meines Erachtens hätte nun auch mit solchen Monographien der Anfang gemacht werden müssen. Dies wäre der regelrechte Weg. Erst später kann man zusammenfassen zu einem erschöpfenden Gesammtbilde. Aber ein solches will auch K. im Grunde jetzt noch gar nicht geben, so sehr der Titel des Buches diese Erwartung rege macht. Das, was der Verfasser vor der Vollendung des Wörterbuches der classischen Jurisprudenz kann und will, ist, „durch einzelne Spatenstiche zeigen, wie eine Forschung mit Aussicht auf Erfolg möglich ist“. Er wird „zufrieden sein, wenn er auch nur einzelne Körnchen als Proben aufzuweisen in der Lage ist“. Der Verfasser will also nur skizziren, das Interessanteste herausheben und die Aufmerksamkeit auf das bisher unbeachtete und doch so ergiebige Gebiet hinlenken. Innerhalb dieses Rahmens betrachtet ist das Buch als ein recht verdienstvolles zu bezeichnen. Es enthält eine Fülle von scharfsinnigen und feinen Einzelbeobachtungen über den Sprachgebrauch der römischen Juristen. Der Verfasser konnte eben aus dem Vollen schöpfen, und es ist ihm zu gute gekommen, dass die Juristen noch viel mehr als andere römische Schriftsteller bisher von den Sprachforschern vernachlässigt worden sind.

Auf Grund der schon von anderen Gelehrten gemachten Beobachtung, dass „einige Schriften sich deutlich als Umarbeitungen früherer Werke darstellen“, fügt K. dem Namen eines jeden Juristen auch das Werk bei, aus dem die be-

treffende Stelle genommen, und stellt dieselbe Forderung an das in Vorbereitung begriffene Wörterbuch, wenn anders es „allen Ansprüchen gerecht werden wolle“. Ich kann diese Forderung nicht als berechtigt anerkennen. K. selbst zieht in seinem Buche — das durch diese Hinzufügung wesentlich an Uebersichtlichkeit verliert, weil die Namen der Juristen sich nicht durch den Druck von den citirten Werken abheben — aus der Durchführung des aufgestellten Grundsatzes im ganzen nur spärlichen Gewinn. Nach meinem Dafürhalten wäre die von K. geforderte Hinzufügung der Schriften ausser und neben der natürlich beabsichtigten Anführung der Juristennamen ein überflüssiger Ballast für das Wörterbuch. Man wird alles thun müssen, um den Umfang des Werkes nicht masslos anschwellen zu lassen. Dass der Sprachdarsteller gelegentlich, wenn es von Nutzen ist, die Werke der Juristen ihrem Namen beifügen wird, ist selbstverständlich. Auch der Lexikograph wird es vielleicht in besonders geeigneten Fällen thun können. Doch erreicht er seinen Zweck event. auch durch ein dem Juristennamen beigefügtes Fragezeichen. Im allgemeinen aber darf der Lexikograph im Gegensatz zum Sprachdarsteller „Leser voraussetzen, die nicht nur auf, sondern auch zwischen den Zeilen zu lesen verstehen“, wie Heerdegen in Müllers Handbuch der Alterthumswissenschaft Bd. II S. 439 treffend bemerkt. Ich möchte einen lexikalischen Artikel, der allen Anforderungen entspricht, mit einem Bilde vergleichen, zu dem der Sprachdarsteller den nicht absolut nothwendigen erläuternden Text giebt. Jeder einigermassen eingeweihte Leser, der an der Hand des Lexikons sieht, dass z. B. das von K. angeführte 'utpote cum' bei den älteren Juristen ein Dutzend mal sich findet, und dann erst wieder bei dem umfangreichen Ulpian dreimal, bei Paulus gar nur einmal, wird wissen, was das zu besagen hat.

In „allgemeinen Vorbemerkungen“ behandelt der Verfasser zunächst von S. 5—35 des Buches ohne eine feste Ordnung eine Reihe von Wörtern, besonders Partikeln, und verfolgt ihren Gebrauch bei den Juristen. Sehr richtig wird betont, dass wir für den Nachweis eines „allgemeinen Zeitunterschiedes“ besonders auf die Beobachtung der Partikeln angewiesen sind, die ich aber eben deshalb nicht mit dem Ver-

fasser als „untergeordnetere Wörter" bezeichnen möchte, auch nicht den juristischen Kunstausdrücken gegenüber. Dass sich gerade im Gebrauch der Partikeln die Individualität eines Schriftstellers oder einer ganzen Sprachperiode am schärfsten ausprägt, ist eine längst beobachtete Thatsache und mit Recht ist man daher bei der Untersuchung über die Echtheit gewisser Schriftwerke oder Theile derselben (beispielsweise bei den platonischen Dialogen) von dem Gebrauch der Partikeln ausgegangen. Ja die Indicationsfähigkeit der Partikeln geht so weit, dass man bei Cicero und andern Schriftstellern hat beobachten können, wie in gewissen Lebensabschnitten oder in gewissen Schriften bestimmte Partikeln bevorzugt worden, andere gemieden. Auch bei der Sprachbeobachtung der römischen Juristen wird man daher die Partikeln ganz besonders zu berücksichtigen haben. Freilich waltet hier gerade das grosse Bedenken ob, dass die Compilatoren diese Wörter am leichtesten durch die ihnen oder ihrer Zeit geläufigen ersetzen konnten, und wenn der Verfasser auf S. 2 die Zuversicht ausspricht, dass „solche Aenderungen Tribonians und seiner Genossen gewiss nicht in so grosser Menge vorhanden sind, dass sie den Forscher wesentlich irre führen könnten", so vermag ich mich dieser Zuversicht gerade hinsichtlich der Partikeln noch nicht recht anzuschliessen. Nimmt doch K. selbst gelegentlich Vertauschung gewisser Partikeln durch spätere Juristen in classischer Zeit als erwiesen an (vgl. S. 13 Mitte, S. 130 Mitte). Um wieviel eher werden sich die Compilatoren derartige Abänderungen gestattet haben. Auf S. 131 oben drückt sich der Verfasser weniger zuversichtlich aus (... „die Compilatoren waren doch vielleicht in manchen Kleinigkeiten auch genau"). In seinem Juristenlatein spricht er gar (vgl. S. 67) von „Hunderten von Stellen, die in einer neuen Palingenesia zu verbessern wären".

Bei dem angedeuteten Charakter des Buches liegt mir, von Einzelheiten abgesehen, der Versuch, hier methodisch Zusätze und Nachträge anderer Wörter zu geben, völlig fern. Diese Zusätze könnten ja jetzt auch noch nicht erschöpfend ausfallen. Soweit ich bezüglich der von K. behandelten Wörter an der Hand des Digestenindex eine gelegentliche Nachprüfung der Stellen vornahm, konnte ich mich fast durchweg von der

Vollständigkeit und Zuverlässigkeit seiner Citate überzeugen. Um auf ganze Gebiete hinzuweisen, deren Untersuchung gerade auch für die Individualisirung einzelner Schriftsteller von Bedeutung ist, so wird die Syntax der Casus mit ihrem Appendix den Präpositionen, so wird ferner der Gebrauch der Tempora und Modi kaum gestreift. Es genügt beispielsweise bei den Concessivconjunctionen nicht, ihr Vorkommen und gegenseitiges Verhältniss anzugeben. Die Beobachtung muss sich auf den Modus- und Tempusgebrauch mit erstrecken. Auch müssen in einer künftigen Gesammtdarstellung der juristischen Sprache alle Synonyma neben einander und in ihrem Verhältniss zu einander behandelt werden. Ein bestimmtes Resultat muss jede sprachliche Untersuchung ergeben, und die Bemerkung auf S. 5 Anm. 2: „die Beobachtung von etiamsi, etsi und quamquam führte zu keinem Resultat", ist mir daher ihrer Bedeutung nach nicht ganz klar geworden.

Jedoch auch bei den von K. behandelten Ausdrücken wird der Sprachforscher zuweilen eingehender zu scheiden haben. Wenn z. B. (vgl. S. 18) bei der Besprechung von 'non alias . . . quam (nisi) = non aliter quam' („nur, wenn") das Augenmerk im Grunde nur darauf gerichtet wird, ob das 'aliter' durch 'alias' ersetzt ist, so genügt dies meiner Meinung nach nicht. Die Beobachtung muss sich über den Gebrauch von 'aliter' oder 'alias' hinaus auf die zum Theil recht charakteristische Mannigfaltigkeit der Formen erstrecken. — Von den ca. 170 mal auftretenden Wendungen mit dem älteren 'non aliter' ist die weitaus üblichste 'non aliter . . . quam si' (110 mal). Dieses 'si' beseitigt besonders Ulpian (7 mal), aber auch Gaius (3 mal) gelegentlich auf regelrechte Weise durch Participialconstruction, z. B. Gai. Inst. III, 43 non aliter testamentum facere poterant quam patre auctore. Im ganzen fällt das 'si' in dieser Weise 13 mal fort. Eine geringe Abänderung ist es ferner, wenn Marcellus und Paulus je 1 mal für 'si' ein 'cum' einsetzen. — Weiter geht es schon, wenn für das 'si' das einschränkende 'ut' consec. gesetzt wird. Für 'non aliter . . . quam ut' findet sich zwar schon eine Labeo-Stelle (bei Ulpian D. 39, 2, 9, 2), aber recht eigentlich gehört diese Wendung Julian an, der sie 5 mal hat. Pomponius mit 3, Ter. Clemens mit 1, ebenso Paulus mit 1 (wohl

entlehnten) Stelle treten zurück. Für Gaius bieten nur die Digesten zwei zusammenstehende Belege (D. 30, 70, 2). — Eine grössere Freiheit ist die Weglassung des 'si' oder 'ut' bei nachfolgendem verbum finitum (Conjunctiv). Denkbar wäre hier sowohl ein Wegfall von 'ut' wie von 'si', obwohl das letztere wahrscheinlicher ist. Auch hier geht Julian mit drei Stellen voran (D. 17, 1, 32; 38, 1, 25, 1; 41, 2, 38, 1). Gaius mit einer Digestenstelle (30, 67 pr.), ebenso Papinian (D. 41, 2, 44, 2), Ulpian (D. 36, 4, 5, 1) und Paulus (D. 20, 1, 29, 2; Mommsen 'quam ut') folgen mit je einer Stelle nach. (Diese und die weiter unten folgende Zusammenstellung bei 'non alias . . . quam' als Nachtrag zu den Bemerkungen von B. Kübler im XI. Bande dieser Zeitschrift Rom. Abth. S. 50.) Ich möchte in der Auslassung des 'si' oder 'ut' eine Anlehnung an 'non prius . . . quam' erblicken, das ja ähnlichen Sinn annehmen kann, wie 'non aliter . . . quam'. Der Fortfall von 'ut' nach 'quam' ist übrigens schon bei Sallust, Livius und Tacitus nicht selten (vgl. Dräger, Syntax und Stil des Tacitus [2] S. 69). — Während bei den Wendungen mit 'quam' das 'quam' auf das 'aliter' zurückweist, bezieht sich bei der zweiten Hauptvariation 'non aliter . . . nisi' das 'nisi' auf die vorangegangene Negation. Das 'aliter' tritt hier selbständig zur Verstärkung von 'non . . nisi' hinzu. 'Non aliter . . . nisi' haben Javolen 1 mal, Julian 3 mal, Ter. Clemens 1 mal, Gaius 1 mal (Inst. II, 132), Tryphonin 1 mal, Callistratus 2 mal, Ulpian 6 mal, Paulus 5 mal. Tryphonin und Callistratus haben ('non alias' mit einbegriffen) nur die Wendung mit 'nisi'. — Bedenken erregt die Zusammenstellung 'non aliter . . . nisi si' bei Ulpian Reg. 24, 30 schon deshalb, weil sich die andere Stelle (D. 6, 1, 28, 29), die zur Hälfte dem Gaius, zur Hälfte dem Pomponius angehört, klar als redigirt ausweist. — Gegenüber den Wendungen mit 'non aliter' treten die mit 'non alias' wesentlich zurück. Hinsichtlich des sonstigen Vorkommens derselben äussert sich K. recht vorsichtig. Er sagt (S. 18): „non alias . . . quam etc. wird aus der ganzen übrigen Prosa nicht citirt". Dies kann bedeuten: „es wird nicht citirt, weil es nicht vorkommt", und so scheint es K. zu meinen, oder aber, „weil darüber keine Beobachtungen gemacht sind". Ich möchte bestimmt annehmen, dass die Wortverbindung auch sonst

vorkommt, da sie keinen specifisch juristischen Charakter hat und 'alias' auch sonst für 'aliter' im Gebrauch ist. Die hierher gehörenden Formen mit 'non alias' finden sich bei den Juristen im ganzen über 80 mal, und zwar, wie schon K. richtig bemerkt, mit zwei Ausnahmen erst von Scävola ab. Nach meinen Zusammenstellungen, welche die des Verfassers zum Theil ergänzen, hat Scävola 6 alias-Wendungen gegen 3 aliter-Wendungen. Auch bei Ulpian überwiegen die alias-Formen (49 : 31), während sie bei Marcian (7), Modestin (1), Hermogenian (2) ausschliesslich zur Anwendung kommen. Bei Papinian stehen noch 11 aliter-Wendungen gegen 6 mit 'alias' und bei Paulus 20 aliter-Wendungen gegen 14 mit alias'. Die üblichste Zusammenstellung ist auch bei 'non alias' die mit 'quam si' (44 mal, darunter eine Javolenus-Stelle D. 45, 1, 107). Regelrecht beseitigt findet sich das 'si' in 3 Fällen. In ungewöhnlicher Weise fortgelassen ist es (wie bei 'non aliter ... quam') 4 mal von Scävola: bei Paulus D. 7, 1, 50 (Mommsen 'quam ut'; K. theilt diese Stelle dem Paulus zu) fast = 33, 2, 32, 5. 35, 2, 94. 40, 7, 40, 7; 2 mal von Ulpian: D. 10, 2, 8 pr. (Pomponius?) 32, 11, 15 Maecian?); 2 mal von Paulus: D. 36, 1, 37 (diese Stelle ist der letzten Ulpian-Stelle auffallend ähnlich: beide enthalten bei 'non alias' das Passivum von 'cogere' und nach 'quam' die Worte 'ei caveatur'). Die zweite Paulus-Stelle ist D. 44, 4, 14. An diesen 8 Stellen ist wohl deshalb sicher an eine Ergänzung von 'si', nicht von 'ut' zu denken, weil den 44 'non alias ... quam si' nur ein einziges 'non alias ... quam ut' gegenüber steht, bei Ulpian D. 30, 41, 9. Hier ist das 'ut' vermuthlich zusammen mit den Worten 'aedibus detrahatur subducatur' einer alten Formel zu Liebe stehen geblieben. — 'Non alias ... nisi' lesen wir 30 mal, während wir bei dem an sich noch einmal so häufigen 'non aliter' nur 20 mal das nachfolgende 'nisi' fanden. 'Non alias ... nisi' hat zuerst Pomponius D. 28, 5, 69 pr. Es ist dies deshalb auffallend, weil dieser Jurist sonst nur 9 mal 'non aliter ... quam si', 3 mal 'non aliter ... quam ut' aufweist. Es folgen Scävola (1), Ulpian (19), Paulus (4). — Den Schluss der Erörterung mögen die Formen bilden, wo in einer recht überflüssigen Weise dem 'nisi' noch ein 'prius' hinzugefügt ist:

schon das vorangehende 'aliter' resp. 'alias' war ja im Grunde pleonastisch. Für 'non aliter ... prius' finden sich drei Belege, denn zu den zwei schon von K. (S. 18 Anm.) angeführten Stellen Gaius D. 20, 6, 2 und Marcellus D. 33, 2, 15, 1 gesellt sich noch Ulpian D. 8, 4, 13, 1. Man wird wohl mit K. diese Wendung auf Justinian zurückführen dürfen, der sie nach K. auch sonst hat. Dasselbe wird dann auch von der nur 1 mal bei Ulpian D. 40, 12, 34 auftretenden Verbindung 'non alias ... nisi prius' zu gelten haben. Heranzuziehen ist aber auch noch die gleichfalls nur 1 mal vertretene Form 'non aliter ... quam prius' bei Africanus D. 44, 1, 16 (videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim etc.). Auch diese Form werden wir dem Africanus, der sonst stehend (8 mal) 'non aliter ... quam si' schreibt, schwerlich zutrauen dürfen.

Auf den allgemeinen Vorbemerkungen, die, wenn sie eine sichere Basis gewähren sollten, anstatt 30 Seiten etwa den zehnfachen Raum einnehmen müssten, baut K. zum Theil seine sprachliche Charakteristik der einzelnen Juristen auf. Aber der Verfasser geht über „das abstract Sprachliche" hinaus und nimmt „an der Hand der Sprache zu Controversen Stellung", tritt sogar selbst mit einigen neuen Thesen auf. Welch' ein Gegensatz! Dirksen noch hielt es für zwecklos, den Lexikonstellen den Namen der Juristen beizufügen, und jetzt beansprucht die Sprachbeobachtung das Recht, in weiteren, sachlichen Streitfragen als Schiedsrichterin gehört zu werden. Dass ihr dies Recht, wenn sie besonnen davon Gebrauch macht, in der That zusteht, dürfte heut zu Tage nicht mehr bestritten werden. Aber sicher wird dies Recht anzuzweifeln sein, wenn die Schlüsse, wie es nach meinem Dafürhalten in dem Kalbschen Buche vielfach geschieht, aus einem Material gezogen werden, das bei allem Fleiss der Sammlungen als ein unzureichendes bezeichnet werden muss. Es sei gestattet, an der Hand des Buches, dem ein zusammenfassendes Schlusscapitel leider fehlt, die sprachlichen Charakterisirungen und die daran gefügten weiteren Folgerungen herauszuheben.

Von der Sprache des Alfenus sagt K. ganz richtig, „sie zeigt Spuren der Umgangssprache und ausserdem Merkmale einer archaischen Latinität". Doch wird dies Urtheil mehr

oder weniger bei allen Juristen zutreffend sein und eine dereinstige umfassende Darstellung des Vulgärlateins oder, wie ich mit K. lieber sagen möchte, um alle Nüancen zu umfassen, der römischen Umgangssprache, wird die römischen Juristen vorzugsweise zu berücksichtigen haben. Es ist ja auch nur natürlich, dass jemand, der Rechtsfälle des alltäglichen Lebens behandelt, sich an die Sprache des täglichen Lebens anschliesst, schon um sich möglichst vielen verständlich zu machen (vgl. Rebling, Charakteristik der römischen Umgangssprache, 1883, S. 17). Dass sich bei den römischen Juristen ein Einfluss der Rhetoren nur in geringem Masse geltend macht, bemerkt K. mit Recht. Wenn man nun den Spuren der Umgangssprache nachgeht, wird es nur in ganz unzweifelhaften Fällen rathsam sein, die sogenannten Archaismen abzutrennen, weil die Möglichkeit vorhanden ist, dass das, was uns als Archaismus erscheint, fortdauernd der Umgangssprache angehörte, auch wenn wir es lange Zeit, selbst in der uns erhaltenen, vulgär gefärbten Litteratur nicht nachweisen können. Obwohl auch K. (S. 36) an diese Schwierigkeit erinnert, glaubt er doch bei Alfenus verschiedene unzweifelhafte Archaismen herausheben zu können. Ich vermag mich ihm hier nur theilweise anzuschliessen. Ein Wort, wie 'extrarius', dessen Vorkommen bis jetzt ausser in Ciceros Jugendschrift de inventione, bei Quintilian und bei Sueton nachgewiesen ist, kann mir nicht als Archaismus gelten. Eine Vorliebe für 'priusquam' und für 'neque' zu den Archaismen zu zählen, dürfte doch wohl gewagt sein. Es fehlt hier auch noch zu sehr an Beobachtungen bei den nachclassischen Autoren. Die natürliche und durchaus befriedigende Erklärung nun für die wenigen Archaismen des Alfenus, dass ein nur wenig jüngerer, aus niedrigem Stande hervorgegangener Zeitgenosse Ciceros, sehr wohl aus eigener Vorliebe noch archaische Vulgarismen zulässt, die vielleicht reine Vulgarismen sind, diese Erklärung weist der Verfasser von der Hand. Vielmehr führt er die betreffenden Ausdrücke auf des Alfenus Lehrer Sulpicius zurück und glaubt mit der zwar geistreichen aber wenig wahrscheinlichen Umdeutung des Horazischen Ausdrucks 'sutor erat': „Alfenus flickte Gutachten und Aufzeichnungen seines Lehrers Servius Sulpicius zusammen" Anklang finden

zu können. Dass Alfenus sich inhaltlich an Sulpicius sehr anlehnte, darf als feststehend betrachtet werden. Wie weit aber die Benutzung ging und ob auch eine enge sprachliche Berührung zwischen beiden vorlag, das lässt sich doch nicht mehr ermitteln. Dass in den beiden Sulpicius-Briefen bei Cicero Fam. 4, 5 und 4, 12 das 'tametsi ... tamen' des Alfenus gemieden wird, obwohl es geschrieben werden konnte, und andere Epistolographen bei Cicero es haben, ist immerhin beachtenswerth.

Wenn der Verfasser auf Labeo die Häufung von Präpositionen wie 'de in rem verso' zurückführen will, so scheint mir dies eine recht unsichere Vermuthung.

In der Sprache des Celsus erkennt K. das inurbane nur mit Einschränkung an, weil ihm die Thatsache, dass der „Vater ein berühmter Jurist war, für eine gute sprachliche Bildung (des Celsus) Gewähr zu bieten“ scheint. Nach meinem Dafürhalten ist dieser Grund wenig stichhaltig. Die neuen Analogiebildungen und -Constructionen, die K. anführt und um deretwillen er den Celsus geradezu als Analogisten bezeichnet, sprechen doch auch gegen eine correcte und strenge Sprachschulung. Es werden sich bestimmt noch mehr Vulgarismen und Besonderheiten bei Celsus nachweisen lassen. So theilt er das vulgäre 'valide' = 'valde' D. 28, 1, 27 (vgl. K. S. 44) nur noch mit Pomponius bei Ulpian D. 21, 1, 4, 3 ('validius' schreibt allein Ulpian 1 mal D. 21, 1, 12, 3). 'Perraro' hat in den Digesten nur Celsus 1 mal (1, 3, 5) und nach ihm Ulpian 7 mal. 'Nempe' finden wir zuerst bei Celsus 4 mal: D. 36, 1, 2. 42, 1, 11. 50, 16, 158. ap. Ulp. 12, 6, 26, 11. Dann haben es je 1 mal Pomponius (D. 8, 2, 27 pr.), Julian (D. 30, 82 pr.), Tryphonin (D. 26, 3, 10), schliesslich Paulus (?) 2 mal (D. 36, 1, 37 und 46, 1, 55). — Wenn der Verfasser in der Vorliebe des Celsus für gewählte Ausdrücke wie 'quippe, arbitror = puto, refert für interest' eine rhetorische Färbung der Sprache sieht, so kann ich mich ihm trotz seines Hinweises auf den (doch späteren) Rhetor Fronto nicht anschliessen. Man wird hier ebenso wie in den meisten von K. angeführten Analogiebildungen nur eine grosse sprachliche Originalität des Celsus zu erblicken haben. Ueber das Verhältniss von 'refert zu interest' und von 'arbitror' zu sei-

nem Synonymen liegen übrigens viel zu wenig Beobachtungen vor.

Neratius wird vom Verfasser in sprachlicher Hinsicht als nicht so „eigenmächtig“ bezeichnet wie Celsus und diesem gegenübergestellt. Freilich wird die sprachliche Verschiedenheit beider nur durch die Abneigung des Neratius gegen 'refert' und gegen 'nec' erläutert. Bemerkenswerth erscheint es mir, dass Neratius als der erste und abgesehen von Gaius Inst. III, 184 als der einzige Jurist 'adhuc' mit dem Comparativ im steigernden Sinne für 'etiam' gebraucht (D. 2, 11, 14).

Wenig wahrscheinlich klingt die von K. bei Javolenus geäusserte Vermuthung: „Als Kommandeur einer in Afrika stehenden Legion und als Proconsul der Provinz Afrika mag er sich etwas von dem dortigen Dialect angeeignet haben.“ Warum auch der einzige Beleg für diese Annahme 'quamdiu' = unserm 'bis' „entschieden an Africitas erinnern“ soll, ist mir nicht verständlich. Selbst Sittl, der sich in seinem Buche über das afrikanische Latein nicht so leicht etwas entgehen lässt, das nur einigermassen afrikanisch sein könnte, ignorirt diesen Gebrauch, der sich nach K. zunächst noch bei den Juristen Julian, Ulpian und Paulus, danach erst bei dem Afrikaner Cyprian „zu finden scheint“ (!). Ebensowenig glaubhaft ist es, dass die Archaismen (?), die der Verfasser bei Javolen annimmt, 'extrarius' und 'demolio' und vollends die Bevorzugung von 'priusquam' gegen 'antequam' bei Javolen durch die Africitas hindurchgegangen sind, wie es K. ohne Frage meint. — Die Wendung 'sedecim annos habere' wagt der Verfasser — hier sehr vorsichtig — nicht als vulgär zu bezeichnen, weil sie auch Cicero schreibt“. Dass sie trotz Cicero vulgär, scheint mir nicht zweifelhaft. Nach Merguet findet sie sich nämlich in Ciceros Reden nur 1 mal, pro Caecina 54 und zwar bei Erörterung eines juristischen Falles. Es war also offenbar eine juristisch-vulgäre Wendung. — In dem von K. angeführten 'exigor aliquid' möchte ich in Anlehnung an Gellius einen vulgären Gräcismus erblicken und an das häufigere Analogon 'poscor aliquid' erinnern. — Auf das nicht getrennte 'ne quidem', das wir nach K. zuerst bei Javolen finden und über das bei Gaius gehandelt ist, hätte schon bei Javolen hingewiesen werden können. — Dass wirk-

lich „vielfach noch" von Javolen geglaubt wird, „dass er geistig nicht immer ganz normal gewesen sei", darf man wohl bezweifeln. Die Annahme des Verfassers schliesslich, dass auf Javolen das zweigliedrige Namenasyndeton wie Labeo Trebatius bei den citirten Juristen zurückgeht, ist recht ansprechend und, soweit sich überhaupt etwas Sicheres hierüber ermitteln lassen wird, mit guten Gründen gestützt.

Nach dem nur etwas von der Africitas berührten Javolen soll nach K. der erste Afrikaner unter den Juristen — auch sprachlich — Julianus sein, der ja ziemlich sicher aus Afrika stammt. Aber muss er deshalb auch in Afrika herangewachsen sein? Kann er nicht schon jung nach Rom gekommen und dort unterrichtet und ausgebildet worden sein? Kein einsichtiger Sprachforscher wird ja das Bestehen einer afrikanischen Mundart und ihr Auftreten in der Litteratur von der Mitte des zweiten Jahrhunderts ab leugnen. Allein die Frage, wie weit die Grenzen zu ziehen sind und was unzweifelhaft als afrikanisch gelten darf, ist trotz des verdienstvollen Buches von Sittl „Ueber die localen Verschiedenheiten der lateinischen Sprache" noch eine recht unentschiedene. Hoffentlich wird sie bald einmal gründlich untersucht. Sittl selbst bekennt, dass noch zu wenig Vorarbeiten vorhanden sind. Von dem, was Sittl speciell für den Wortschatz der Africitas in Anspruch nimmt, dürfte ein erheblicher Bruchtheil in Abzug zu bringen sein, wenn erst die Schriftsteller des silbernen Lateins, besonders der ältere Plinius, noch gründlicher und methodischer als bisher untersucht sein werden. Als specifisch afrikanisch wird man doch nur das bezeichnen können, was mehrere unzweifelhafte Afrikaner in die römische Litteratursprache eingeführt haben. Dass die Afrikaner Archaismen lieben, hat nichts mit der afrikanischen Mundart als solcher zu thun, denn Archaisten hat es auch in Rom früher und später gegeben. Wenn aber die Archaismen der Afrikaner nur scheinbare sein sollten, d. h. wenn sie sich theilweise in der afrikanischen Umgangssprache stets lebenskräftig erhielten, ohne in der römischen Litteratur in der Zwischenzeit aufzutauchen, so bleiben sie deshalb doch Gemeingut der römischen Vulgärsprache und können und werden ebenso in der Volkssprache Italiens fort-

bestanden haben. Nur wird natürlich ein geborener Afrikaner es eher wagen, diese vulgären Archaismen wieder in die Schriftsprache einzuführen, als ein eingeborener Römer. Aber das ändert nichts an dem allgemeinen Charakter solcher vulgären Archaismen. — Wenn nun der Verfasser als zwei „erweisbare Specialitäten Afrikas“ bei Julian 'quamdiu' = unserm 'bis' und 'absque = sine' anführt, so ist nach dem Gesagten für mich der Beweis erbracht, dass sich bei Julian keine ersichtlichen Afrikanismen finden. Ueber 'quamdiu' ist bereits gesprochen; 'absque', das sich ausser bei Plautus und Terenz einmal in Ciceros Briefen und bei Quintilian findet, gilt mir, wenn es auch die afrikanischen Schriftsteller später bevorzugen, keineswegs als Specialität der afrikanischen Mundart, sondern höchstens als Archaismus. Auch 'absque' vindicirt nicht einmal Sittl den Afrikanern, und was das 'denique = nam' betrifft, so fehlt es wahrscheinlich hierüber nur an Beobachtungen. Daher geht mein Urtheil über die Sprache Julians dahin, dass dasjenige, was er aus der Umgangssprache zulässt, zum Theil archaistische Färbung hat. Für diese Erscheinung giebt aber K. selbst, wenn auch mit einer leisen Einschränkung, eine sehr einleuchtende Erklärung, die durchaus beachtenswerth ist. Er schreibt (S. 59 oben): „Wir müssen hier (bei Julian uud Pomponius) in der Feststellung von Africismen um so behutsamer auftreten, da Julianus und Pomponius solche leichtere Archaismen vielleicht ihrem Kaiser, dem Archaisten Hadrianus zu Liebe einstreuten, von welchem Spart. Hadr. 15 erzählt, dass er sogar Philologen sprachlich schulmeisterte.“ Eine solche Gunsthascherei in sprachlicher Beziehung hat für die servilen Römer der Kaiserzeit in der That nichts Unwahrscheinliches und wird besonders einem Ausländer wenig Skrupel bereitet haben. Ich komme bei Papinian auf diesen Punkt zurück. K. steht hier immerhin so weit unter der Einwirkung der angeführten Möglichkeit, dass er fortfährt: „Um also nicht auf Irrwege zu kommen, unterlassen wir es, weitere Spuren von Julians Heimath zu suchen.“ Speciell bei der Besprechung von 'non secus ac si' (S. 60) ist der Verfasser mit Recht zurückhaltend. Wenn K. aber zum Schluss eine Beeinflussung von Julians Stil durch den „seines juristischen Lehrers Javolenus“, in einer gewissen, strengeren

Scheidung von 'neque' und 'nec' vermuthet (S. 51), so scheint er mir mit der Anführung dieser einen geringfügigen Sache, die er noch dazu für Julian erweitert, ebenso bewiesen zu haben, dass der Stil Julians mit dem Javolens nichts Gemeinsames hat, wie er das Fehlen von Africismen bei Julian nachgewiesen hat.

Ter. Clemens, den man bisher für etwas jünger hielt als Julian, möchte der Verfasser entweder gleichzeitig mit Julian oder aber erst nach Papinian ansetzen. Er schliesst dies, wenn auch 'mit Vorbehalt', aus dem Gebrauch von 'sin autem'. Ueber diese Zusammenstellung soll nämlich nach K. (vgl. S. 10), da sie sich bei African, Gaius, Marcellus und Scaevola nicht findet, unter Antoninus Pius und M. Aurelius „gleichsam die Acht verhängt worden sein". Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Vermuthung allgemein bestätigt oder ob nicht doch nur eine persönliche Neigung Einzelner vorliegt. Aber selbst die Richtigkeit des Satzes angenommen, was beweist derselbe für einen Schriftsteller, von dessen Latein K. mit Recht sagt, dass es „von dem der vollwiegenden Juristen jener Zeit bedeutend absticht", und von dessen Schrift er vermuthet, dass sie „mehr populär als wissenschaftlich sein wollte"? War Ter. Clemens nun gar ein Grieche, wie der Verfasser aus einigen Gräcismen zu schliessen geneigt ist, so kann er sehr wohl das 'sin autem' von älteren Vorbildern, die er studirte, entlehnt haben, auch wenn es seine engeren Zeitgenossen nicht schrieben. — Die Frage, wie weit man bei den classischen Juristen Formen zulassen darf, die der Formenlehre widerstreiten, wie der Ablativ 'legi' bei Ter. Clemens, dürfte vorläufig noch als eine offene zu betrachten sein. Thatsache ist, dass die Handschriften auch bei anderen Autoren uncorrecte Formen aufweisen, die man mit Recht unbedenklich beseitigt.

Wenn der Verfasser, Mommsens sachlich gemeintes Urtheil übertragend, Pomponius auch nach der sprachlichen Seite hin als „unwissenden Schriftsteller" bezeichnen möchte, weil sich bei ihm eine grössere Anzahl von unclassischen Ausdrücken findet, so scheint mir dies gewagt, und das Urtheil, des Pomponius Sprache sei „ein Quodlibet", weil das Auffällige sich „nicht in absichtlicher Wiederholung findet", ist

nicht recht greifbar. Des Pomponius Sprache zeigt eben mehr Spuren der Umgangssprache, und zwar nach der vulgären Seite hin, als die seiner unmittelbaren Vorgänger. Des Verfassers Vermuthung, dass Oberitalien die Heimath des Pomponius sein könnte, weil er einmal 'comminus' = 'sofort' gebraucht, das Servius für einen Provincialismus Oberitaliens erklärt, hat wenig Ueberzeugendes. Pomponius kann sich dies Wort auch in Rom oder anderswo angeeignet haben, oder kann die betreffende Stelle entlehnt haben. Ja, wenn er das Wort öfter gebrauchte! In hohem Grade unwahrscheinlich ist auch die Annahme (S. 64), dass Pomponius zu der vulgären Abundanz 'perquam brevissimos' „durch Missverständniss von Stellen wie Cic. Att. 12, 38, 3 'maxime liberalissima' verführt worden" sein könnte.

Bei Africanus schafft K. eine neue Controverse durch die Aufstellung, „dass den Compilatoren die Quästionen Africans in einer späteren Ueberarbeitung vorlagen". Er schliesst dies daraus, dass die Ausdrücke 'minime = non, procul dubio, si quando, quando = weil, etenim' sich bei Africanus und bei späteren Juristen häufiger finden, während sie bei Africans Zeitgenossen und Nachfolgern selten vorkommen oder fehlen. Er nimmt deshalb an, dass die Quästionen Africans etwa unter Alexander Severus epitomirt worden seien. Mich haben seine Beweisgründe nicht zu überzeugen vermocht. Zunächst ist zu betonen, dass die angeführten sprachlichen Ausdrücke derartige sind, dass sie im Grunde bei keinem guten Schriftsteller der silbernen Latinität Anstoss erregen würden. Im einzelnen hat nach K. 'minime = non' (das sich auch sonst nicht selten so findet) Javolen 1 mal, Pomponius 2 mal, African 7 mal, Gaius 4 mal (!), Papirius 1 mal, Marcellus 1 (2) mal, Scävola 1 mal, Ulpian 11 (13) mal, Paulus 4 (6) mal, Modestinus 12 mal. Dieses zufällige Begegnen Africans mit Modestin in einer sprachlichen Liebhaberei scheint K. besonders bestimmt zu haben (vgl. S. 67 oben), eine Epitomirung der Quästionen zur Zeit Modestins anzunehmen. — Auch mit 'procul dubio' war schon Pomponius vorangegangen und von dem zweimaligen 'procul dubio est' bei Julian zu dem adverbiellen 'procul dubio' bei African war doch nur ein Schritt. African hat 'procul dubio' 7 mal, wahrscheinlich eben in An-

lehnung an das Julianische 'procul dubio est'. Dann schreibt Africans Zeitgenosse Maecian 'procul dubio' 2 mal. Bei ihm ist es nach K. gewählt (vgl. S. 72), bei African aber später eingeschmuggelt! Ulpian hat den Ausdruck einige 20 mal, Paulus nur 1 mal, Modestinus schliesslich, der ja bezüglich des 'minime' so auffallend mit Africanus ging, hat ihn — kein Mal! (1 mal 'procul dubio est'). Ein Commentar ist wohl überflüssig. — Wenn der Verfasser ferner bei 'si quando' und weiter bei 'etenim' betont, dass es Lieblingsausdrücke Justinians seien, so ist das ja möglich und interessant, beweist aber nichts dafür, dass Justinians Räthen die Quästionen Africans in einer etwa um 230 angefertigten Epitome vorlagen. Bei 'si quando' gesteht K. selbst zu, dass „mit der Zahl 4 — so oft findet es sich bei African — eine Statistik eigentlich nicht hergestellt werden kann". Vor African haben diese Verbindung schon Alfenus, Ter. Clemens und Pomponius je 1 mal, dann der gleichzeitige Maecian 1 mal, Gaius 2 mal (!), M. Aurel in Rescripten 2 mal, alsdann Callistratus 1 mal, Florentin 1 mal, Ulpian 6 mal, Paulus 4 mal. Ueber Modestin schweigt der Verfasser. — Bei der Aeusserung, die K. über 'quando = weil' macht, es sei „im Altlateinischen nicht selten" gewesen, wohl aber im classischen Latein und werde „im Spätlatein wieder häufiger", ist die ganze silberne Latinität einfach mit Stillschweigen übergangen. Schon hier ist aber dieser Gebrauch durchaus nicht selten. Nach Dräger hat ihn Tacitus sogar oft, und auch Livius, Sueton, Curtius kennen ihn. Warum soll also nicht Africanus, da die Julian- und die Pomponius-Stelle fraglich ist, diesen Gebrauch unter den Juristen zuerst haben können, wie er z. B. mit 'nonnisi' unter seinen näheren Zeitgenossen nach K. allein steht (vgl. S. 70)? Kann 'quando = weil' nicht ebenso gut ein Lieblingsausdruck des Africanus sein (er hat es nach K. 16 mal), wie z. B. 'utrumne', das er (vgl. S. 65) mit Pomponius gemeinsam hat? Warum müssen durchaus Venuleius (1 mal), Scävola (1 mal), Papinian (1 mal), Tryphonin (1 mal), Ulpian (1 mal), Paulus (4 mal), Macer (2 mal), Modestin (2 mal) damit vorangegangen sein? — Von 'etenim' schliesslich erklärt der Verfasser nur, ohne die Stellen anzuführen, dass es sich seit Papinian häufiger findet, giebt aber zu, dass auch die älteren Juristen und

Africans Zeitgenossen es, wenn auch sparsam, anwenden (Marcellus immerhin 6 mal!). Deshalb scheint ihm African mit 13 Stellen dort nicht hinzugehören. Dies die sprachlichen Punkte, mit denen K. seine neue These begründet. Sachliche Beweisgründe sind nicht beigebracht; denn die unwahrscheinliche Vermuthung auf S. 70 (Anm.) will doch der Verfasser kaum als einen solchen betrachtet wissen. Es ist sogar sachlich wenig glaubhaft, dass sich ein Epitomator an die Quästionen Africans herangewagt, dessen 'leges' für etwas Schwieriges sprichwörtlich geworden sind. Wollte man die späteren, sprachlichen Anklänge an Africanus mit K. überhaupt für auffallend und beachtenswerth halten, so liessen sie sich wohl in ungezwungener Weise aus einem etwas eingehenderen Studium Africans durch einige spätere Juristen erklären, das ja nicht immer in Citirungen zum Ausdruck zu gelangen braucht.

Maecianus sucht nach K. „in seiner Sprache zu imponiren und spricht doch nicht immer urban". Aber gerade durch weniger urbane Wendungen suchte man damals vielfach zu imponiren! „Seine Sprache ist gewählt" (aber deshalb noch nicht „rhetorisirend"!) und theilweise vulgär, erinnert deshalb den Verfasser im allgemeinen wie auch in Einzelheiten an die Sprache des Celsus.

Sehr eingehend und in der Hauptsache treffend ist Gaius und seine Sprache behandelt. Es wird auf die „ungeschminkte Schlichtheit und ein entschiedenes Streben nach deutlicher Darstellung hingewiesen" und gezeigt, „dass Gaius mit den häufigen Wendungen 'admonendi sumus, superius (= supra) diximus, qua de causa, eo usque donec = so lange als' allein steht". Hieraus aber zu folgern, „dass die späteren Juristen den Gaius kaum in der Weise benutzt haben können, wie sonst ihre Quellen", wäre voreilig, und K. „verhehlt sich selbst nicht, dass sich gegen diese Folgerung Einwände erheben lassen" und dass eine „absichtliche Vermeidung" jener specifisch gaianischen Wendungen denkbar ist (vgl. S. 77 Anm.) — Der Verfasser ist mit Erfolg bemüht, den überzeugenden, sachlichen Indicienbeweis Mommsens, dass Gaius ein Provincialjurist und zwar ein Grieche gewesen, sprachlich durch den Nachweis von Gaianischen Gräcismen zu unterstützen. Wenn sich die Sprachforschung eine derartige Aufgabe stellt, wird

sie nicht so leicht in die Gefahr kommen, den sicheren Boden unter den Füssen zu verlieren. Man wird vielleicht in der Annahme von Gräcismen bei Gaius zum Theil noch weiter gehen können als K., und auch das 'admonendi sumus', das 'eo usque donec', das vom Verfasser in anderem Zusammenhange erwähnte 'ut ecce' wird sich möglicher Weise noch als Gräcismus erweisen lassen. In dem neben einander gestellten 'ne quidem' (= οὐδὲ) möchte ich bestimmt einen vulgären Gräcismus erblicken. Es giebt ja Sprachforscher, denen die Aufstellung sogenannter Gräcismen in der lateinischen Sprache zuwider ist. Aber diese Anlehnungen an das Griechische lassen sich doch nicht wegleugnen. Man wird sie sogar classificiren können und müssen. Wenn ein römischer Dichter, der die griechische Sprache neben seiner Muttersprache beherrscht, wie z. B. Vergil oder Ovid sich in syntaktischen Wendungen an die griechische Sprache anschliesst, so werden diese Gräcismen ein ganz anderes Gepräge haben als diejenigen, welche ein geborener Grieche, der das Lateinische mehr oder weniger gut spricht, in seine lateinische Darstellung hineinträgt. Ja es kann sogar der Fall eintreten, dass ein an sich gut lateinischer Ausdruck bei einem bestimmten Schriftsteller im wohlverstandenen Sinne als Gräcismus zu fassen ist. Wenn z. B. der Grieche Callistratus D. 48, 19, 28, 3 sein heimathliches πολλάκις (wenn auch nur, um das vorangegangene 'saepius' zu variiren) mit 'aliquotiens' wiedergiebt, das auch Cicero hat, so steht er damit doch ganz allein unter den Juristen und scheint durch diesen, mindestens bei den Juristen nicht üblichen Ausdruck seine griechische Herkunft zu verrathen. Aehnlich verhält es sich meines Erachtens mit 'alicubi', das Callistratus 1 mal, Ulpian 2 mal schreibt, und mit 'aliubi', das wir bei (dem Griechen) Ter. Clemens und bei Marcian je 1 mal finden. — Der Ansicht sich anschliessend, dass die Uebereinstimmung von Gaius, Institutionen und Ulpians Regulae auf Benutzung einer gemeinsamen Quelle zurückzuführen sei, glaubt der Verfasser sogar sprachliche Einflüsse dieser Quelle nachweisen zu können, indem er einige sprachliche Eigenthümlichkeiten zusammenstellt, die den beiden Schriften mit anderen „isagogischen Schriften" gemeinsam seien (vgl. S. 84 ff.). Hiermit begiebt sich der Ver-

fasser auf ein recht unsicheres Gebiet, wohin ich ihm nicht zu folgen vermag. Das 'et denique' wird man getrost zu den gaianischen Eigenthümlichkeiten zählen können und annehmen dürfen, dass es ebenso fälschlich einmal in Ulpians Regulae hineingerathen wie in die Reden Ciceros. Von den ausserdem angeführten Ausdrücken findet sich nach K. 'ut ecce' und das zusammengestellte 'ne quidem' überhaupt nicht in Ulpians Regulae, und was 'praeterquam' anlangt, so kann doch das blosse 'praeterquam' mit 'praeterquam si' und 'praeterquam quod' nicht so ohne weiteres als eins angesehen werden. Ausser diesen Ausdrücken führt der Verfasser noch 'dum tamen' ins Feld. Sichere sprachliche Beweise dafür, dass die Späteren Gaius' Institutionen nicht benutzt haben können, dass vielmehr gemeinschaftliche Benutzung einer älteren Quelle vorliege, scheint mir K. nicht beigebracht zu haben. Wahrscheinlicher ist ja an sich die letztere Annahme.

Den Marcellus möchte K. anscheinend gern zum Schüler des Proculianers Celsus machen. Er führt auch sprachliche Eigenthümlichkeiten beider an, die aber nicht sehr überzeugen, da sie sich mehr oder minder häufig auch bei anderen Juristen finden, die zwischen Celsus und Marcellus stehen, und die Abneigung beider Juristen gegen die längere Form 'neque' und gegen 'licet' beweist doch recht wenig. Es werden sich ebenso gut auch genug trennende Punkte auffinden lassen. Der Verfasser sieht es denn auch als noch nicht erwiesen an, dass Celsus wirklich der Lehrer des Marcellus gewesen, erklärt vielmehr die angeführten sprachlichen Berührungspunkte ganz richtig damit, „das Marcellus sich mit den Digesten des Celsus eingehender beschäftigte“. Die Aehnlichkeit, die K. zwischen der Sprache des Celsus und Marcellus gefunden zu haben glaubt, bringt ihn auch dazu, das wohl sicher justinianische 'adimplere' (vgl. Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten S. 45 ff.), das auch dem Celsus und Marcellus je 1 mal in den Digesten zugetheilt ist, seiner früheren Ansicht (vgl. Juristenlat. S. 78) entgegen, wenigstens für diese beiden Autoren retten zu wollen. Mehr Wahrscheinlichkeit hat des Verfassers Ansicht über 'certiorare'. Von diesem Verbum hatte Gradenwitz (vgl. Interpolationen S. 163) angenommen, dass sein Vorkommen eine Interpolation „sehr stark vermuthen

lasse", allerdings mit der Hinzufügung, „wenn es auch nicht gerade als directer Beweis für eine solche anzusehen ist". Kalb hat schon anderweitig der Einreihung des Wortes unter die Justinianismen widersprochen und fasst in dem vorliegenden Buche (S. 91 Anm. 1) seine Bedenken nochmals zusammen. Leider thut er dies mit einer gewissen persönlichen Schärfe, welche die Sache, die man vertritt, nur zu beeinträchtigen vermag. Der Grund, den K. gegen die Annahme von Gradenwitz anführt, dass 'certiorare', wenn es ein Justinianismus wäre, sich bei Justinian häufiger finden müsste, als es der Fall ist (bis jetzt ist es nur einmal bei Justinian nachgewiesen, während es sich in den Pandekten nach K. 23 mal findet), muss meines Erachtens bestimmend sein, das Wort aus der Reihe der an und für sich verdächtigen Wörter zu streichen. Es ist ja deshalb doch nicht ausgeschlossen, dass an einem Theil der von Gradenwitz verdächtigten Stellen in irgend einer Weise von Tribonian Aenderungen vorgenommen worden sind. Es scheint mir sehr wohl denkbar, dass Tribonian bei seinen Aenderungen, die er aus irgend einem Grunde machte, ein Wort wie 'certiorare', wenn er es in der Vorlage fand, mit hinüber nahm, vielleicht gerade um seiner Abänderung den Stempel der Ursprünglichkeit aufzudrücken. Doch liegt an einem anderen Theil, der von Gradenwitz angezogenen Stellen, wohl nur eine gewisse Weitschweifigkeit vor, der wir auch sonst bei Ulpian begegnen. Jedenfalls wird es für jetzt dabei sein Bewenden haben müssen, dass wir 'certiorare' bei Marcellus zuerst antreffen. K. bezeichnet den Marcellus deshalb geradezu „als den Schöpfer des Wortes" und „vermuthet" auf Grund desselben „eine gewisse Congenialität" zwischen Marcellus und Celsus, da auch Marcellus durch das Wort 'certiorare' die Neigung an den Tag lege, „das eigene Genie hinsichtlich der Sprache nicht immer in die Schnürstiefel des Usus zu zwängen, wenn die Ratio eine Abweichung gestattete". Was es mit dieser, auf den Gebrauch des einen 'certiorare' hin dem Marcellus zugewiesenen Genialität auf sich hat, möge die Bemerkung zeigen, dass (nach Paucker) von den im ganzen ca. 1800 verbis denominativis auf -are, alles in allem, auch die von Substantiven, Adverbien und Participien gebildeten mit eingerechnet, ca. 750 in der Zeit nach Hadrian neu auf-

treten, zum grössten Theil wohl aus der Umgangsprache. Unter diesen 750 Verben, die zum Theil viel auffallender sind, befindet sich auch 'certiorare'! Ob Marcellus wirklich der Schöpfer des Wortes war, können wir garnicht wissen. Er kann es ebenso gut aus der Umgangssprache eingeführt haben; ja bei der lückenhaften Erhaltung der römischen Litteratur ist es nicht einmal ausgemacht, dass Marcellus es wirklich zuerst geschrieben hat. Wenn man das Wort würdigen will, so muss man es mit den übrigen von Comparativen abgeleiteten verbis denom. vergleichen, wie es der Verfasser im Archiv für lat. Lexikogr. I S. 89 auch gethan hat. Dieser Vergleich ist für den Einfluss der juristischen Sprache sehr belehrend. Wenn auch das frühere Kalbsche Urtheil (a. a. O.), „dass Ulpian und andere Juristen die von Comparativen abgeleiteten Verba wie 'certiorare, meliorare, minorare' unbedenklich und oft gebraucht haben", nicht zutreffend ist, so treten doch diese Verba in der juristischen Sprache zuerst auf. Die noch in Betracht kommenden Verba sind 'deteriorare, maiorare, meliorare, minorare, peiorare' (vgl. Wölfflin, Cassius Felix S. 418 f.). Ich halte sie alle für Formen der späteren Umgangssprache, die sich vielleicht in Anlehnung an das Griechische entwickelt haben. Von diesen Verben nun ist 'maiorare' bisher nur in Glossen nachgewiesen; 'deteriorare' findet sich zuerst bei dem juristisch gebildeten Symmachus in einem Briefe juristischen Inhalts (IV, 68, 3 „habita deterioratae rei aestimatione"), dann in einer Novelle Theodos. II (C. Th. 1, 10, 2 pr.), ferner bei Ambrosius und andern Kirchenschriftstellern. Mit 'meliorare' macht Ulpian in der einzigen Digestenstelle 7, 1, 13, 5 den Anfang. Der Codex Theod. folgt mit einigen Stellen nach. 'Minorare' hat der vulgär schreibende Scaevola D. 18, 7, 10; Tertullian, Jurist und Kirchenlehrer zugleich, verwendet zu derselben Zeit das Wort im Kirchenlatein (vgl. Wölfflin, Sav.-Ztschr. IX, R. Abth. S. 6), 'peiorare' schliesslich ist bei Paulus, Sent. II, 18, 1 von Krüger zwar beseitigt, aber die guten Handschriften scheinen es doch zu verbürgen und das dort unmittelbar folgende 'meliorem facere' ist vielleicht kein ausreichender Grund, das Wort mit den geringeren Handschriften in 'peiorem' abzuändern, so leicht auch die Aenderung ist. Auch sonst bieten ja ge-

legentlich die Sententiae einen Ausdruck, der sich aus Paulus' Digestenfragmenten nicht belegen lässt. (Ueber den sonstigen intransitiven Gebrauch von 'peiorare' vgl. Wölfflin, Cass. Fel. a. a. O.) Man sieht, überall ist die juristische Sprache im Gebrauch dieser Verba vorangegangen und zwar sicher die vorjustinianische. Diese Beobachtung bestimmt mich aber, der schon an sich unwahrscheinlichen Behauptung des Verfassers entgegenzutreten, dass Marcellus „nahezu auch der Erhalter" des Wortes 'certiorare' gewesen, dass mithin Ulpian, der es 18 mal aufweist, es aus einer Marcellus-Stelle direct entlehnt habe. Für einzelne Stellen sucht der Verfasser dies zum Theil recht gekünstelt nachzuweisen. Es ist nicht ersichtlich, warum Ulpian nicht das Wort — vielleicht nach dem Vorgange des Marcellus — in seinen eigenen Wortschatz aufgenommen haben soll, so gut wie er einmal das 'meliorare' schreibt. — Wenn K. sein Schlussurtheil über Marcellus dahin zusammenfasst, dass derselbe „sprachliche Bildung auch durch Vermeidung von auffallenden Vulgarismen zeige", so erfährt dieses Urtheil doch durch das 'certiorare' und vollends durch das von K. zugelassene 'adimplere' eine wesentliche Einschränkung. Auch das Adjectivum 'periniquus' bei Marcellus (D. 26, 7, 29, ausserdem nur noch bei Ulpian D. 48, 5, 14, 5) möchte ich trotz seines Vorkommens bei Cicero zu den Vulgarismen allerdings im besseren Sinne rechnen.

Bei der Besprechung des Venuleius Saturninus glaubt der Verfasser von sprachlicher Beobachtung aus die Controverse, ob Venul. Saturninus mit Claudius Saturninus identisch ist, endgiltig entscheiden zu können. Er schreibt: „Die Sprache giebt uns die Antwort: Claud. Saturninus d. h. der Verfasser des vereinzelten Fragments 'de poenis paganorum' ist frühestens ein Zeitgenosse Papinians." Die Argumentation ist (vgl. S. 25 f.) folgende: 'Plecti = bestraft werden' kennt Papinian noch nicht; erst Callistratus führt es ein. Das Verbum kann „als term. techn. kaum zeitlich isolirt vorkommen" (?). Deshalb kann das Werk des Claudius Saturnin. 'de poenis paganorum', welches 'plecti' aufweist (D. 48, 19, 16, 9), nicht vor Septimius Severus geschrieben sein und Claud. Saturnin. wird mit Unrecht für identisch mit Venul. Saturnin. gehalten, da letzterer D. 48, 2, 12, 4 'puniri' und 'animadverti' gebraucht.

Sieht man sich nun das dem Claud. Saturnin. zugewiesene Fragment genauer an, so wird man sehr erstaunt sein, zunächst 3 mal (princ. §§ 2. 3) 'puniri' zu finden, dann in § 7 'coerceri', was in § 8 nach einem dazwischen gestreuten, activischen 'punire' durch 'lui' abgelöst wird. Erst zuletzt in § 9 findet sich das in Rede stehende 'plecti'. Was zeigt diese Thatsache? Sie zeigt, dass der term. techn. für 'bestraft werden' bei Claud. Saturnin. durchaus 'puniri' ist wie bei Venul. Saturnin. Lediglich um im Ausdruck abzuwechseln greift Claudius nach dreimaliger Anwendung seines term. techn. erst zu 'coerceri', dann zu 'lui' und ganz zuletzt zu 'plecti'. Der Umstand aber, dass Claud. Saturnin. mit dem schon ciceronianischen Ausdruck, der wohl in der Umgangssprache stets fortlebte, einmal das übliche 'puniri' variirt, überzeugt mich nicht im geringsten davon, dass er nicht vor Septimius Severus geschrieben haben und mit Venul. Saturn. nicht identisch sein kann. — Ich möchte das Bestreben im Ausdruck abzuwechseln, von dem sich z. B. Symmachus in seinen Briefen sehr leiten lässt, garnicht als ein rhetorisirendes bezeichnen. Es entspricht der schriftstellerischen Klugheit, den Leser nicht durch zu häufige Wiederholung desselben Ausdrucks abzustossen und zu ermüden. Die Schrift des Saturninus 'de poenis paganorum', die nur von Strafen handelte, enthielt vermuthlich eine ganze Blüthenlese von Synonymen für 'punire' und es wäre interessant, wenn wir noch vergleichen könnten, wie das Bestreben, abzuwechseln, durch die ganze Schrift hin zur Geltung kam. Auch sonst beobachten die Juristen das Abwechslungsprincip recht häufig, so häufig, dass es sich einmal lohnte, sie daraufhin besonders zu untersuchen. Die Kenntniss dieses Princips wird vor übereilten Schlüssen bewahren, die nur die sprachliche Beobachtung als Hilfsmittel bei der Entscheidung von Controversen in Misscredit bringen können. Wenn es dem Verfasser nicht gelingt, triftigere Gründe für seine Behauptung beizubringen, als das 'plecti', so wird die Sprachbeobachtung bei der in Rede stehenden Controverse sich eine Entscheidung versagen müssen.

Scävola lässt nach K. in grösserem Umfange als Marcellus Vulgarismen zu und nähert sich hierin dem Pomponius,

mit dem er sich auch in sprachlichen Einzelheiten berührt. Doch sind diese Berührungspunkte wohl kaum so hervortretend und zahlreich, dass man Scävola deshalb für einen Schüler des Pomponius halten könnte, wie der Verfasser zu folgern geneigt scheint. Mit 'non alias quam' war nicht Pomponius vorangegangen, wie K. S. 96 meint, sondern Javolen. Pomponius hat einmal 'non alias nisi', das allerdings auch Scävola einmal schreibt. Doch bevorzugt der letztere das vulgäre 'non alias quam' mit nachfolgendem Conjunctiv, wie oben gezeigt worden ist. — Dass auch bei Scävola mit den vulgären Ausdrücken Gräcismen gepaart sind, weist K. treffend an verschiedenen Wendungen nach. Warum aber diese klaren Gräcismen „nicht den geringsten Anhalt bieten" sollen (vgl. S. 100), den Scävola mit Bremer für einen Griechen zu halten, kann ich nicht einsehen. Die Gräcismen bei Scävola scheinen mir mindestens ebenso augenfällig und beweiskräftig, wie beispielsweise die, welche dem Verfasser die griechische Herkunft des Ter. Clemens wahrscheinlich machen (vgl. S. 62). Jedenfalls vermag ich mich dem Urtheil des Verfassers, dass „die Sprache mit gleichem Recht nach Afrika weisen" würde, entschieden nicht anzuschliessen, da mir von den angeführten Africismen nur das 'longe longeque' als sicher afrikanisch gilt. Viel eher würde ich Scävola eben mit Bremer für einen Griechen halten. Doch wird es überhaupt nicht nöthig sein, ihn als einen Ausländer zu betrachten, wie im Grunde auch des Verfassers Endurtheil lautet (vgl. S. 100). Auch als eingeborener Römer (oder als Grieche) konnte sich Scävola sehr wohl, einer persönlichen Neigung folgend, von der frontonianischen Sprachrichtung beeinflussen lassen. Eine solche Beeinflussung kann man wohl mit K. (vgl. S. 102) „in einer gewissen Effecthascherei" Scävolas und in seiner Vorliebe für „Apartes" erblicken, welche der Verfasser „als die andere Seite von seinem Sprachcharakter" bezeichnet und durch Beispiele belegt. Allerdings hatten ja auch Celsus, Gaius, Maecianus schon ihr recht Apartes ohne Einwirkung der frontonianischen Richtung. — Dass sich Scävola, wenn er 'insuper = praeterea' und 'super = de' gebrauchte, wirklich dessen „bewusst gewesen, dass er von seinen Fachgenossen durch die Wahl des Wortes abwich", wie K. vermuthet, ist doch kaum

wahrscheinlich. Von Besonderheiten bei Scävola wäre z. B. noch anzuführen gewesen das nur D. 33, 7, 20, 6 (und von hier direct entlehnt, Paulus ad. Vit. D. 32, 78 pr.) sich findende 'aliorsum' und das dichterische 'ausim', D. 29, 7, 14 pr., das nur noch Ulpian D. 38, 16, 1. 1 einmal hat. 'Postmodum = postea' schreibt zuerst Scävola D. 12, 6, 67 pr., nach ihm Ulpian D. 2, 13, 6, 6, Paulus D. 45, 1, 132 pr., Modestin D. 3, 5, 25. Bei 'expensa' (vgl. K. S. 99) wäre noch die Ulpian-Stelle D. 27, 10, 1 pr. nachzutragen. — Ob übrigens die Annahme von B. Kübler, dass bei den juristischen Schriftstellern sich drei Stilperioden unterscheiden lassen werden, besonders ob mit Julian eine augenfällige Aenderung des Stils nachweisbar sein wird, muss die Zukunft zeigen. Jedenfalls möchte ich Kalb darin beistimmen, dass dann schon mit Scävola eine neue (vielleicht die zweite?) Periode zu beginnen wäre. Wie schon Schirmer in dieser Zeitschrift Rom. Abth. Bd. VIII S. 165 treffend hervorhebt und Kalb nach ihm betont (vgl. S. 100), „stossen wir bei Scävola auf eine ganze Reihe von schwerfälligen, nach einem passenden Ausdruck förmlich ringenden Stellen".

Ganz besonderes Interesse darf die Sprache Papinians beanspruchen; sie wird auch, wie K. andeutet, demnächst in einer Monographie behandelt werden. Wenn auch jetzt, nachdem Mommsen die bisher aus Spartian Carac. 8, 3 angeführte Stelle als interpolirt nachgewiesen (vgl. diese Zeitschr. Rom. Abth. Bd. XI, S. 30), ein directes Zeugniss dafür fehlt, dass Papinian der Schüler Scävolas gewesen, so ist doch die Möglichkeit immerhin vorhanden. K. nimmt diese Schülerschaft in seiner Darstellung auf Grund jener Stelle noch als unzweifelhaft an und weist auf einzelne sprachliche Berührungspunkte zwischen Papinian und Scävola hin. Sehr tiefgehender Art ist meines Erachtens das Gemeinsame nicht. Wie Scävola hat auch Papinian (ob aber gerade als 'Erbtheil'?) nach K. eine „Neigung zu gewählten Ausdrücken". Besonders hervorgehoben sei hier die Phrase 'vita decedere' (vgl. S. 109), mit der (wie es den Anschein hat!), Papinian in der ganzen römischen Litteratur vereinzelt dasteht. Da sich die Wendung nur noch in einigen Rescripten des Septimius Severus und in einer Rede Caracallas findet, so schliesst der Verfasser,

dass Papinian diese Schriftstücke „stilisirt“ habe. Bei diesem Argument ist die Wahrscheinlichkeit nicht so gar gering. Wenn der Verfasser aber ebenso aus dem Gebrauch von 'modo si' für 'si modo' (vgl. S. 112 f.), das schon Ovid und Julian haben, ferner Apuleius schreibt, einen ähnlichen Schluss zieht, und, da sich 'modo si' noch in einem Rescript Caracallas vom September 212 und vom Februar 213 findet, folgern will, dass Papinian bis Anfang 213 im kaiserlichen Consilium gewesen und man somit seine Ermordung bisher zu früh angesetzt hat, so möchte ich diese Schlussfolgerung doch als eine recht kühne bezeichnen. In einem kleinen Aufsatze „Bekannte Federn in Rescripten römischer Kaiser“ in den Commentatt. Woelfflinianae 1891 S. 331—337 kommt Kalb eingehender auf die eben besprochene Annahme zurück und sucht auch Spuren anderer Juristen in kaiserlichen Rescripten aufzufinden. Er vermag freilich nur noch für Modestinus ein positives Resultat zu gewinnen, von dem er in den Rescripten Gordians „deutlichere Spuren“ zu erkennen glaubt. Wie er jedoch bei Modestinus meint (vgl. Comm. Woelffl. S. 334 Anm.), dass die „grösste Reserve zu beobachten“ sei, weil Fragmente von anderen, gleichzeitigen Juristen fehlen, so kommen ihm auch bezüglich seiner Papinian-Aufstellungen Bedenken. Er schreibt (Comm. Woelffl. S. 332 Anm. 2): „An und für sich möglich wäre natürlich auch ein sonderbarer Zufall; es könnte ein uns unbekannter Jurist die gleiche Spracheigenthümlichkeit gehabt haben, oder ein Canzleisecretär, welcher etwa auch noch einige Zeit nach Papinians Tode die Entscheidungen zu Protocoll nahm, könnte sich unwillkürlich — oder, so setze ich hinzu, in absichtlicher Anlehnung an den grossen und einflussreichen Juristen — einzelne papinianische Phrasen, die er oft gehört hatte, angeeignet haben.“ . Ich brauche dem nichts hinzuzufügen. — Aus einer Reihe von sprachlichen Wendungen glaubt K. auf Papinians Heimath schliessen zu können: er hält ihn für einen Afrikaner. Allein von den Punkten, die der Verfasser anführt, scheinen mir nur 'fini' = unserm 'bis' und 'insuper habere' als sichere Africismen gelten zu können. Wie diese sich erklären, darüber wird weiter unten zu sprechen sein. Ob das Substantivum 'immemoria' (D. 41, 2, 44) pr. dem Papinian zuzutheilen oder ob mit

Mommsen 'memoria' zu lesen sei, wird sich wohl sicher entscheiden lassen, wenn die Lexikon-Artikel 'memoria' resp. 'repetere' bearbeitet vorliegen werden. Lässt man aber den Soloecismus bei Papinian zu, so finde ich in demselben durchaus nicht wie der Verfasser (vgl. S. 114 Anm. 3) „ein echt afrikanisches Gepräge". Wölfflin weist im Archiv f. lat. Lexikogr. Bd. IV S. 400 ff. auch nur diejenigen Substantivbildungen mit 'in privativum' hauptsächlich dem afrikanischen Latein zu, bei denen die Zusammensetzung ohne sichtbare Mittelstufe von Adjectiven erfolgt ist. Bei 'immemoria' wäre aber 'immemor' vorangegangen. Und noch eins ist zu erwägen: K. führt nach Wölfflin S. 406 Anm. 3 unter den afrikanischen Neubildungen auch 'immemoratio' an, das mit dem papinianischen 'immemoria' gleichbedeutend sein würde. Soll man nun annehmen, dass die afrikanische Mundart hier zwei gleichbedeutende Ausdrücke zur Verfügung hatte? Das wäre ja nicht geradezu unmöglich, aber doch recht unwahrscheinlich. — Das auf Wölfflin zurückgehende Argument, das der Verfasser „geradezu einen Beweis für Afrika als Heimath" Papinians nennt, hat mich nicht zu überzeugen vermocht, ich meine die Wortform 'exter'. In dem dritten Abschnitt der sogenannten Appendix Probi giebt nämlich, wie K. S. 116 ausführt, ein Grammatiker unter anderen Weisungen über anzuwendende und zu meidende Formen auch die Regel 'exter non extraneus'. Nimmt man nun den Beweis, dass der Abschnitt in Afrika entstanden, als erbracht an, so konnte man aus jener Grammatikervorschrift in doppelter Weise folgern. Entweder man sagte: Papinian ist ein Afrikaner, weil er diejenige Form anwendet, die der Grammatiker als vulgär-afrikanisch verwirft. Diese Form wäre aber 'extraneus', also gerade derjenige Ausdruck, der nach Kalbs Darlegungen der am meisten classische ist (vgl. K. S. 40 f.). Es muss doch Bedenken erregen, dass der Grammatiker hier vor einer gut classischen Form warnen soll, während es sonst zum Theil recht arge Vulgarismen sind, von denen er abräth. Ja wenn es hiesse 'exter non extrarius'! Denn 'extrarius' betrachtet ja der Verfasser gerade als afrikanischen Archaismus (vgl. S. 40 und 115). So eignet sich der Verfasser denn die zweite Möglichkeit der Folgerung an. Er schliesst: weil „Papinian die

Regel des afrikanischen Grammatikers befolgt" und 'exter' schreibt, so hat er „in Afrika seine Vorbildung genossen". Da nun aber Papinian thatsächlich 'extraneus' neben 'exter' anwendet, so verfällt der Verfasser auf den Ausweg, eine positive und eine negative Seite der Regel zu unterscheiden. Er meint: die positive Seite der Regel befolgte Papinian (nämlich 3 mal!), die negative Seite befolgte er „nicht strenge". Eine grammatische Regel aber, die man nach der positiven Seite befolgt, nach der negativen Seite nicht, hört nach meinem Dafürhalten auf eine Regel zu sein. Kurz, ich kann dem ganzen Argument keine beweisende Kraft zuerkennen. — Nach alledem dürfte der Beweis, dass Papinian aus Afrika stammte und dort auch vorgebildet wurde, keineswegs erbracht sein, so bestimmt auch der Verfasser es „erwiesen" zu haben glaubt (vgl. Commentt. Woelffl. S. 337). Man wird vorläufig gut thun, an der alten, von Otto aufgestellten Hypothese, die man ihm „bisher einmüthig nachgesprochen hat" (!), festzuhalten, da sie sachlich recht gut begründet erscheint. Das 'per secundam uxorem' (vgl. S. 117) wird gerade der „vorurtheilsfreie Leser" in der Kaiserbiographie auf Caracalla beziehen, von dem es auch sonst bezeugt ist, dass er zweimal verheirathet war. Das Bremersche Argument ferner, dass bei Papinian in der Erledigung von Anfragen 5 mal östliche Districte genannt werden, wird durch Kalbs Gegenbemerkung nicht entkräftet. Er vermag zwar aus den „älteren Quaestiones" einmal Alexandria anzuführen, aber keinen Namen, der zur eigentlich afrikanischen Provinz Beziehung hätte. — War nun aber Papinian ein Syrer, wie kam er zu einigen Africismen? Die eine Erklärung wäre die von K. S. 118 angeführte, dass er aus Artigkeit der Sprachgewohnheit seines kaiserlichen Freundes Zugeständnisse machte, von dem Spartian sagt: 'canorus voce, sed Afrum quiddam usque ad senectutem sonans'. Aus welchem Grunde diese Annahme „die grösste Unwahrscheinlichkeit in sich tragen würde", wie der Verfasser hinzufügt, ist mir nicht klar. Warum soll das, was K. auf S. 59 von Julian und Pomponius dem Kaiser Hadrian gegenüber als möglich hinstellt, bei Papinian dem Septimius Severus gegenüber so ganz unwahrscheinlich sein? Würde eine solche Annahme etwa das Bild, das wir uns von Papinians

Charakter machen, zu trüben im Stande sein? Indess man braucht ja auch nicht diese Art sprachlicher Liebedienerei zur Erklärung der wenigen Africismen heranzuziehen. Es befriedigt ja völlig die Annahme, dass Papinian in sprachlicher Hinsicht sich der afrikanischen Richtung anschloss ohne selbst ein Afrikaner zu sein. Ihm als Syrer dürfte ein solcher Anschluss an eine sprachlich neue, recht wenig classische Richtung kein Bedenken gemacht haben. Wenn aber jemand dieser Erklärung Papinians sonstige Selbständigkeit entgegenhalten sollte, so möge er erwägen, dass mit sachlicher Originalität eine sprachliche keineswegs Hand in Hand zu gehen braucht. — Eine eingehende Vergleichung von Papinians Sprache mit derjenigen der erwähnten Griechen unter den Juristen, namentlich mit der Ulpians, würde vermuthlich nicht unerhebliche Berührungspunkte zu Tage fördern. Beispielsweise ist es beachtenswerth, dass Papinian mit dem Griechen Callistratus, „der im Osten schrieb", das Adjectivum 'inculpatus' gemeinsam hat (vgl. K. S. 121), dass er dem Griechen (Syrer?) Tryphoninus durch die Construction 'neque enim admittendum esse distinctionem' nahe kommt (vgl. S. 123 Mitte)[1]), dass er mit dem Syrer Ulpian 'parvi refert' (vgl. S. 130 Mitte) ebenso, was K. übersehen (vgl. S. 136 Mitte), die Form 'paritum est' theilt. Diese Form hat näm-

[1]) Diese Gerundivconstruction findet sich m. W. in den Pandekten an acht Stellen: einmal bei Tryphonin (49, 15. 12 § 2; n. 13 L.), dreimal bei Ulpian (1, 9. 12, 1; 19, 1. 13 pr.; 42, 1. 16; n. 20, 934, 1430 L.); viermal bei Paulus (2, 11. 12 § 1; 3, 5. 18 § 1; 24, 3. 45; 46, 2. 19; n. 1840, 1032, 1336, 776 L.). Die Redeweise ist bekanntlich dem älteren Latein, namentlich Plautus und Varro, geläufig; sie findet sich vereinzelt bei Schriftstellern der spätrepublikanischen und der ersten Kaiserzeit, verschwindet dann aber aus der Schriftsprache. Reisig, Vorlesungen 3 (von Schmalz u. Landgraf) § 436 S. 774 ff.; Kühner, Lat. Grammatik 2, 543. Im Griechischen ist der Gebrauch zu allen Zeiten gewöhnlich. Bei einzelnen dieser Stellen ist die Interpolation ausser Zweifel: wie bei 1, 9. 12, 1 (Eckhard, hermen. iur. p. 493); 24, 3. 45 (Faber, coniect. 13, 5. 11 sq.). Alle anderen unterliegen den stärksten formalen und namentlich sachlichen Bedenken. In ungezählten Fällen haben die Juristen die allgemein übliche Construction. Ich trüge daher kein Bedenken, die abweichende Redeweise für einen Gräcismus und durchweg interpolirt zu erklären, wenn sie in Justinians Erlassen sich fände, wo ich sie bis jetzt nicht entdeckt habe. A. P.

lich auch Ulpian D. 29, 4, 6, 10. Der Verfasser hätte diese Eigenthümlichkeiten der papinianischen Sprache doch schon bei Papinian erwähnen müssen, wenn sie dort auch seine Hauptaufstellung recht wenig unterstützt haben würden. Zu den erwähnten treten die von K. auf S. 129 zusammengestellten sprachlichen Berührungspunkte zwischen Papinian und Ulpian, die um so mehr Bedeutung haben, je weniger es erwiesen ist, dass Papinian wirklich der Lehrer Ulpians gewesen.

Bezüglich der noch folgenden Juristen kann ich mich kürzer fassen, da ich hier im ganzen mit den Ausführungen Kalbs einverstanden bin.

Das unclassische Latein des Callistratus erklärt der Verfasser durch die schon von Bremer aufgestellte These, dass dieser Jurist „im griechischen Osten des Reiches schrieb". Der Verfasser weist eine Reihe von Gräcismen und sprachlich auffallenden Ausdrücken nach, mit denen Callistratus zum Theil „in den Digesten ganz allein steht". — Auch für Tryphoninus wird mit Kalb und Bremer „das hellenistische Asien", vielleicht Syrien anzusetzen sein. Es gelingt dem Verfasser, fast alle sprachlichen Besonderheiten des Tryphoninus als Gräcismen nachzuweisen. Mehrfache Berührungspunkte mit anderen Griechen unter den Juristen sind zu beobachten. Ein augenfälliger, sonst noch nicht bemerkter Gräcismus sei hinzugefügt. Wenn Tryph. D. 41, 1, 63, 3 schreibt: 'nihil agens sed aliter ambulans invenit' etc., so entspricht das 'aliter' = 'sine consilio, ohne Zweck, ohne bestimmte Absicht' genau dem griechischen ἄλλως, das diese Bedeutung haben kann. — Ob Tryphoninus der Schüler Scävolas war, wie K. (S. 125) als wahrscheinlich hinstellt, lässt sich nicht ermitteln. Sprachliche Berührungspunkte vermag der Verfasser so gut wie keine anzuführen. Aus dem Vorkommen „des tryphoninischen quando" in den Rescripten des Alex. Severus zieht der Verfasser den schwach begründeten Schluss (vgl. S. 125 unten), dass dieser Kaiser den nach K. (S. 122) um 212 aus Rom gewichenen Tryphoninus „in seine Umgebung gezogen habe". K. scheint seine Vermuthung inzwischen aufgegeben zu haben. Wenigstens kommt er in dem

erwähnten Aufsatz „Bekannte Federn etc." nicht wieder darauf zurück.

Ob man zuerst Ulpian oder zuerst Paulus zu behandeln habe (vgl. K. S. 126 Anm.), dürfte eine Frage von untergeordneter Bedeutung sein. Man wird Ulpian voranstellen, weil seine Fragmente doppelt so viel Umfang einnehmen als die des Paulus und weil er nicht so sehr von seinen Quellen abhängt wie dieser, mithin wenn es sich um Charakterisirung jener Sprachperiode handelt, in erster Linie in Betracht zu ziehen ist. Doch könnte man mit gutem Recht auch Paulus voranstellen, weil er eben in Folge seiner grösseren Abhängigkeit von den Quellen viel mehr altes Sprachgut birgt, das historisch betrachtet eigentlich voranzusetzen wäre.

Die Annahme wirklicher Semitismen bei dem Syrer Ulpian weist der Verfasser mit Recht zurück, auch das Auftreten von augenfälligen Africismen verneint er hier. Das 'cur = quod', welches Ulpian nach K. (S. 128) 5 mal aufweist, hat Sittl überhaupt nicht für das afrikanische Latein in Anspruch genommen, wie der Verfasser meint, sondern für das gallische, und nicht 'prae manu habere', sondern 'prae manu esse' führt Sittl als afrikanisch an. „Von seinen Quellen liess Ulpian sich nach K. nicht so sehr beeinflussen, dass er nicht seine eigene Manier sich gewahrt hätte." Hierfür giebt der Verfasser eine Reihe von interessanten Belegen. Dass es einmal möglich sein könnte, aus Ulpians Sprache die syrische Latinität zu reconstruiren, wie K. glaubt, erscheint mir als ein etwas kühnes Zukunftsproject.

Bei Paulus zweifelt K. an der Möglichkeit, einen bestimmten Sprachcharakter feststellen zu können. Da dieser Jurist „überwiegend ein Epitomator und Commentator" ist, so „schillert nach K. sein Wortschatz in verschiedenen Farben". Doch weist ihm der Verfasser im allgemeinen, da „Auffälligkeiten vermieden" sind, einen „glatten und guten Stil" zu [1]). Die von K. angeführten Aehnlichkeiten zwischen Paulus und

[1]) Den Juristen hat Paulus' Darstellung immer als holpricht und unbeholfen gegolten, und seine Dunkelheit ist sprichwörtlich (K. Witte, bei Ersch u. Gruber III, 14 S. 222 f.). Ueber seine wissenschaftliche Bedeutung gehen die Meinungen weit auseinander. A. P.



Scävola und vollends die zwischen Paulus und Papinian (vgl. S. 136) sind kaum bemerkenswerth. Andererseits werden die Berührungspunkte zwischen Ulpian und Paulus wahrscheinlich viel zahlreicher sein, als K. bis jetzt nachweisen kann. Auch specielle Eigenthümlichkeiten werden sich bei Paulus vermuthlich in grösserer Zahl auffinden lassen. Ueberhaupt wird sich erst nach eingehenderer Untersuchung ein abschliessendes Urtheil über die Sprache dieses Juristen fällen lassen. Erst dann wird man in Sonderheit entscheiden können, ob die gräcisirende Latinität (vgl. K. S. 137) und die Berührung mit Ulpian nicht vielleicht eine so weitgehende ist, dass man auch Paulus für die Phönicier oder doch wenigstens für die Griechen beanspruchen darf.

Die Erklärung der recht zahlreichen Berührungspunkte zwischen Gaius und Marcianus aus ihrer Thätigkeit „als Institutionenschreiber" (vgl. K. S. 138) scheint mir nicht ausreichend zu sein. Vielmehr möchte ich auch Marcianus für einen Griechen halten. Dass er nach K. „in seinem Wortschatz am meisten Aehnlichkeit mit Ulpian hat" und dass „einige Ausdrücke bei ihm an Justinians Sprache erinnern", spricht für die Wahrscheinlichkeit dieser Annahme. — Dass der Verfasser den Macer auf Grund des gallisch-lateinischen Gebrauchs von 'pro = propter' nicht gleich zum Gallier macht, ist nur zu billigen.

Bei Modestinus führt K. verschiedene sprachliche Anzeichen der späteren Zeit auf, zu denen er auch einige vulgäre Archaismen zählt. Modestins Sprache nähert sich nach K. schon dem „Kunstlatein" der späteren Kaiserconstitutionen. — Mit Recht erklärt der Verfasser von sprachlicher Beobachtung aus, „dass das, was wir unter Hermogenians Namen besitzen, im wesentlichen noch in der classischen Zeit abgefasst ist, während er im Gegensatz dazu bei Charisius treffende Belege für den durchaus „nachclassischen Stil" anführt. — Dass das fragmentum de iure fisci nicht von Ulpian herrührt, macht K. wahrscheinlich. Er hält es für eine Epitome aus späterer Zeit. — Ueber das fragmentum Dositthei schliesslich kann meiner Meinung nach noch kein endgiltiges Urtheil gefällt werden.

Ich komme zum Schluss meiner Besprechung. Nach den

vorausgeschickten Erörterungen muss ich mich gegenüber den litterarhistorischen und sachlichen Folgerungen, die der Verfasser aus seinen sprachlichen Beobachtungen ziehen zu können glaubt, meist ablehnend oder doch abwartend verhalten. Die Kalbschen Aufstellungen sind nach dieser Seite hin für mich nur Thesen, theilweise recht scharfsinniger Art, keine bewiesenen Sätze. Die rein sprachlichen Charakterisirungen des Verfassers dürften sich auch bei noch eingehenderer Untersuchung im grossen und ganzen als zutreffend erweisen. Hauptsächlich aber bleibt das Buch wegen der sprachlichen Einzelbeobachtungen, die es enthält, werthvoll und verdienstlich. Ein ferneres Verdienst desselben ist es, dass es das Interesse für die Erforschung und Beobachtung des juristischen Lateins noch mehr als die vorangegangenen Schriften des Verfassers in weiteren Kreisen wachrufen wird. Deshalb können besonders die Bearbeiter des Wörterbuchs dem Verfasser zu Dank verpflichtet sein.

Möglich, dass sich einige von den Kalbschen allgemeineren Aufstellungen doch noch bestätigen lassen, wenn ein grösseres Beweismaterial vorgelegt werden kann. Als Sprachforscher muss man es ja nur wünschen, dass die Sprachbeobachtung auch in litterarischen und historischen Fragen nach Möglichkeit mit entscheiden darf. Sieht man aber auch von diesen weiteren, über das rein Sprachliche hinausgehenden Fragen ab, so sind der Sprachforschung, mehr als Selbstzweck betrachtet, noch genug Aufgaben gestellt. Die Monographien über die Sprache einzelner Juristen können sehr wohl schon jetzt mit dem vorhandenen Material, zumal nach dem Erscheinen von Lenels Palingenesie in Angriff genommen werden und es ist wünschenswerth, dass wenigstens Julian, Pomponius, Gaius, Scävola, Papinian, Ulpian und Paulus einzeln behandelt werden. Die weniger umfangreichen Juristen müssten zu geeigneten Gruppen zusammengefasst werden. Erst später wird man dann an eine umfassende Grammatik oder Syntax der juristischen Sprache herangehen können, woran sich eine endgiltige Sprachcharakterisirung der einzelnen Juristen am besten anschliessen würde. Zusammenfassende und erschöpfende Darstellungen der Vulgarismen, (der Archaismen) und der Gräcismen werden daneben wünschenswerth und verdienstlich

sein; ebenso eine vorsichtig abwägende und massvoll sondernde Zusammenstellung der (sprachlichen) Justinianismen in den Digesten. Diese wird natürlich erst möglich sein, wenn eine genaue Untersuchung über die Sprache Justinians (mit der nach Kalbs Angabe Grupe beschäftigt ist) vorliegen wird und der Sprache des dritten und vierten Jahrhunderts noch mehr Aufmerksamkeit geschenkt sein wird als bisher.

Man sieht, in der That ein weites Arbeitsfeld, auf dem viele Arbeiter neben einander Platz haben; und je mehr sich einfinden werden, desto erfreulicher für jeden, dem die gute Sache am Herzen liegt.[1])

---

[1]) Während dieser Aufsatz sich bereits im Drucke befand, ist in der Krit. Vierteljahrsschrift N. F. Bd. XIV S. 161—177 eine eingehende Besprechung des Kalbschen Buches von Wölfflin erschienen. W. äussert sich u. a. dahin, dass der Verfasser „an sein Buch zu hohe Anforderungen stellte“ (vgl. S. 164). Er bezweifelt mit Recht die Möglichkeit, „Lebensstellung, Charakter und Temperament jedes einzelnen Juristen bestimmen und seine Sprache als das Spiegelbild desselben darstellen“ zu können, wie es K. möchte; denn „wenn weitaus die grössere Hälfte der Sprache allgemeines Juristenlatein ist, so bleibt zu wenig Persönliches übrig, um daraus die Richtung des Charakters zu bestimmen; man läuft also Gefahr, zwischen den Zeilen lesen zu wollen, was überhaupt unlesbar ist“. W. fährt dann fort: „Wenn wir aber den Kern des Buches festhalten, so können wir der Leistung des Verfassers unsere Anerkennung nicht versagen. Er wollte die Nothwendigkeit hervorheben, neben dem Gattungscharakter der juristischen Litteratur das Individuelle der einzelnen Persönlichkeiten scharf ins Auge zu fassen, damit das in Vorbereitung begriffene Berliner Wörterbuch der classischen Rechtswissenschaft nicht versäume, aus diesem neuen Gesichtspunkte alle Consequenzen zu ziehen. E r h ä t t e v i e l l e i c h t b e s s e r g e t h a n, d a s B u c h n o c h e i n i g e J a h r e a u s r e i f e n z u l a s s e n, aber es schien ihm vernünftiger, die Anregung jetzt zu geben, als hinterdrein an dem vollendeten Werke Kritik zu üben.“ — Obwohl K. selbst in seinem Buche keine derartige Aeusserung thut, wird man doch bei den anerkannt engen Beziehungen, in denen W. zu dem ihm gewidmeten Buche gestanden (vgl. K. B. S. 116 Anm. 1), in W.s Worten mehr als die Vermuthung eines Referenten zu erblicken haben und wird als Beurtheiler des K.schen Buches zu dieser Erklärung Stellung zu nehmen berechtigt sein. — Aus dem vorausgeschickten Aufsatze geht ja zwar meine Ansicht über das Verhältniss zwischen dem Wörterbuch und einer Sprachdarstellung, wie sie K. versucht hat, deutlich hervor. Trotzdem möchte ich mich als Mitherausgeber des Wörterbuchs hier noch besonders gegen die Rechtfertigung wenden,

die W. für das verfrühte Buch K.s geltend macht. Ich vermag in der That nicht einzusehen, welchen Nutzen das Buch mit seinen unhaltbaren Aufstellungen dem Lexikographen gewähren soll. Die einzige lexikographische Forderung, die K. aufstellt, den Juristennamen auch die Bezeichnung des betr. Werkes im Lexikon hinzuzufügen, musste ich schon oben als unpraktisch und im ganzen wenig gewinnreich zurückweisen. Der Gesichtspunkt aber, das „Individuelle" der einzelnen Juristen „ins Auge zu fassen", ist für die Herausgeber längst kein neuer mehr. Er ist in dem Beschlusse, die Juristennamen den Citaten beizufügen, zum Ausdruck gelangt und dieser Beschluss geht dem Kalbschen Buche um Jahre voraus. Die letzten „Consequenzen" aus diesem Gesichtspunkte hat aber nicht der Lexikograph zu ziehen, sondern der Sprachdarsteller. Nicht ein Buch wie das Kalbsche ist mithin Voraussetzung für das Lexikon, sondern umgekehrt. Weil das Buch die Richtigkeit dieses Satzes klar erwiesen, konnte ich es am Schlusse meiner Besprechung mit Dank anerkennen, dass dasselbe das Interesse für das Lexikon gesteigert haben dürfte. Hiermit würde aber auch der besondere Dank der Herausgeber des Wörterbuchs erschöpft sein.

VII.

Zwei Bemerkungen zur Publiciana.

Von

Herrn Prof. **Otto Gradenwitz**

in Berlin.

I. Non a domino sagt nach L. 1. pr. h. t. das Edict. Erman[1]) wirft die Frage auf, ob dominus den bonitarischen Eigner bezeichnen könne, und bejaht sie, im Gegensatz zu Pernice (s. Erman S. 261 Anm. 1, S. 262). Dem gegenüber ist zu fragen: in welcher Sprache? des Edicts oder der Juristen? Für das non a domino kommt nur das Edict in Betracht. Ueberblicken wir aber die Stellen, so ergiebt sich, dass dominus der „Herr vom Haus" ist, keineswegs der Eigen-

---

[1]) Beiträge zur Publiciana, Bd. XI dieser Zeitschrift S. 212 ff.

thümer, — weder der quiritarische noch der bonitarische. Die Verbindungen sind:

A. Dominus, der Herr des Sklaven:

1. si servus insciente domino fecisse dicetur (D. 9, 3, 1 pr. 5, 6). (Bruns-Lenel S. 195.)
2. si is qui testamento liber esse iussus erit post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicetur (D. 47, 4. Bruns-Lenel S. 200).
3. u. 4. (quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur) si hi ad quos ea res pertinebit non exhibebuntur, in dominum sine noxae deditione iudicium dabo (D. 39, 4, 12, 1, vgl. 1 pr. B.-L. S. 200. 203).
5. item si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo (D. 47, 8, 4 pr., B.-L. S. 203).
6. Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur (D. 47, 10, 15, 34, B.-L. S. 204).

B. Dominus, scil. litis, wer im eigenen Namen auftritt, oder, für wen ein anderer auftritt:

1. Cognitorem ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus iudicatum solvi exposuit (zu D. 3, 3, 8, 3 vgl. B.-L. S. 192).
2. Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari iubebo .... si controversia erit dominus sit necne qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo.

Auch das durch Cicero p. Quinctio 27, 84 überlieferte Edict: qui ex edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessione esse oportere ...... dominum invitum detrudere non placet bezeichnet nicht den Eigenthümer, sondern den, auf dessen Namen das ganze Verfahren geht; von Eigenthum kann hier gar nicht die Rede sein.

Sollte im Edict D. 6, 2, 1 pr. non a domino oder a domino gestanden haben, so ist es wahrscheinlich, dass dieses Wort sich auf Sklaven bezog, und den Herrn meinte, nicht auf Sklaven und Grundstücke: um so wahrscheinlicher, als auch traditum schwerlich im Edict auf Grundstücke gehen konnte. — Man könnte in diesem Fall statt Lenels id quod mancipatur (besser: mancipio datur), das allerdings in Cicero, Topica 10, 45: finge mancipio dedisse id quod mancipio dari

non potest, einen mächtigen Anhalt hat, etwa mancipium vermuthen, wie ja auch die Aedilen von mancipia vendunda und von venditio traditioque sprechen (D. 21, 1, 1 pr.).

II. Ait praetor: 'Qui bona fide emit'. Non igitur omnis emptio proderit, sed ea quae habet bonam fidem (Ulp. D. 6, 2, 7, 11).

Gaius IV, 36: datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa pos sessione petit. . . . . 'si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, . . .' Der Widerspruch ist klar: dass Gaius das bona fide nur weggelassen — übrigens auch bei der Beschreibung des Edicts —, ist möglich, es wird aber schwerlich jemandem recht behaglich bei dieser Annahme werden. So muss mit der anderen Möglichkeit gerechnet werden, dass das im Edict beispiellose[1]) bona fide auch hier nicht edictal ist.

Dass man die Formel nicht verschönt, wenn man bona fide einflickt, giebt Erman (S. 248) zu: „sachlich erscheint das bona fide für die gajanische Formel recht überflüssig, da schon die Usucapionsfiction den mala fide Käufer ausschloss". Man muss aber weiter gehen: Der Ausdruck bona fide, hätte er in der Formel gestanden, würde die Usucapionsfiction überflüssig gemacht haben.

Wir sehen: 1. hominem Aulus Agerius emit (titulus), 2. et is ei traditus est (possessio); hätten wir nun noch 3. bona fide(s), so wären ja schon in der Formel die positiven Erfordernisse des Ersitzungsbeginnes genannt worden, ehe überhaupt, durch anno possedisset, die Fiction eingeleitet wurde. Die ganze Fiction würde dann nur den Werth gehabt haben, furtive Sachen und Aehnliches von der Ersitzung auszuschliesen, und gerade dieser Werth wäre ein zweifelhafter gewesen.

Wenn die drei Erfordernisse einmal aufgeführt waren, so konnte der Prätor sagen: Si eum hominem quo de agitur A. Agerius bona fide emit et is ei traditus est, neque is . . restituetur, quanti — est, condemna, und dann hatte er ganz dasselbe, was die Fiction leistet: dass er die Fiction wählte,

[1]) Pernice, Labeo II N. 159. 160.

nöthigt gerade zu dem Schluss, er habe die Erfordernisse der Ersitzung **nicht** noch ausserdem in der Formel aufgeführt: er hätte ja sonst in der That gesagt: Untersuche, ob Kläger im Ersitzungsbesitz ist, und wenn er lange genug besessen, auch ersessen hätte, — eine matte Tautologie. — Aber auch sachlich ist die Doppelformel nicht wahrscheinlich: Wer schon usurpirt **hatte**, wird dem Prätor nicht mitgetheilt haben, ob er qua Käufer a domino oder qua gutgläubiger Käufer ersessen und somit Eigenthümer geworden; er sagte einfach: ich bin es! Und wer noch nicht ersessen hatte, der wird einfach gesagt haben: ich bin es **noch** nicht! d. h., noch 100, noch 20, noch decem dies mehr, und ich wäre es gewesen: und der Prätor sagte: Von diesen 100, 20, decem dies dispensire ich dich: si ... anno possedisset. Woher die condicio usucapiendi stammte, ob sie vorhanden war, das war gleichgiltig, das ging den Richter, den iudex an, das liegt m. E. schon in dem nondum usucaptum.

Was aber soll dann: 'Qui bona fide emit'? Das qui opfert **Lenel**, Palingenesia, Ulp. 569 und ihm folgt **Erman** S. 249; ich gebe auch noch das bona fide preis und lese: Ait praetor: 'emit et is ei traditus est'. Non [igitur del.] omnis emptio proderit, sed ea quae bonam fidem habet. In der That konnte Ulpian hier, bei dem emit, die weiteren Erfordernisse sehr wohl anbringen, indem er sagte: wenn es auch blos emit heisst, genügt doch nicht jeder Kauf, sondern nur der: α) entweder vom dominus, β) oder wenigstens bona fide vom non dominus: nur die letztere Bemerkung konnten die Compilatoren brauchen.

VII.

Nochmals über das Statut der Elfenbeinarbeiter.

Von

Herrn Prof. **Otto Gradenwitz**
in Berlin.

Die im elften Bande dieser Zeitschrift S. 72 ff. behandelte Inschrift ist in Rom nochmals verglichen worden durch Hülsen, Bormann, Gatti[1]). Hierbei ergab sich die Richtigkeit einiger Ergänzungen von Mommsen, und es traten auch sonst neue Buchstaben lesbar hervor. Der Bestand gestattet jetzt wieder neue Ergänzungen. Bei Hülsen heisst es folgendermassen:

Iulius] Aelianus ius scholae tetrastyli
. . . . .] Aug. quo conveniretur a negotiantibus
] eboraris dedit.

Item] placere, ut si alius quam negotiator eborarius aut citriarius [p]er
fr] audem curatorum in hoc collegium adlectus esset uti curatores eius
cau]sa ex albo ra[d]e[r]entur ab ordine. Debebunt utique curatores de eo
que]m adlecturi fuerint, ad quinq(uennalem) referre.
§ Placere] item uti k(alendis) Ian(uariis) strenuam (denarii quinque) ex arca n(ostra) a curatoribus n(umero quattuor) sui cuiusq(ue)
anni m]ustacium et palma et carica et pir ... osch ...[2]) Item VIII. [Kal]. Febr.
natali Ha]driani Aug(usti) sportulae darentur (denarii quinque), et a curatorib(us) praestari plac(uit)

---

[1]) Daraufhin ist sie neu herausgegeben durch Hülsen im Bullettino dell' istituto archeologico Germanico 1890, S. 287 ff. — [2]) pir[a et m]osch[okarya? „Dafür ist schwerlich Raum." Hülsen.

. . . . [1]] caldam passive iis, qui ad tetrastylum epulati fuerint
Item . . . . . natali] Iuli Aeliani sportulae ex arca darentur (denarii tres) et a cur(atoribus)
. . . . . pas]sive praestari placuit iis qui ad tetrastylum epulati
fuerint. Item . . . . natali I]uli Flacci fili sportulae ex arc(a) darentur (denarii tres) et a curatorib(us)
. . . . passiv]e praestari placuit iis qui ad tetrastylum epulati fuerint
Item . . . .] sport(ulae) ex arc(a) darentur XIII et pan et vin et cald(a) passive iis
[2])qui ad tetrastylum epulati f]uerint. Item placere ut cena[3]) . . . . . III Idus Aug. die imperi
Hadriani Aug . . . .] . . . . . sport(ulae) dare[n]tur a curat(oribus) n(umero quattuor) sui cuiusq(ue) anni
Item placere . . . .] . . . . omnibus annis divideretur. Item
curatores quaterni omnibus[4])] annis fierent [exal]bo per ordinem. Item placere
] t sui anni commoda cuncta acciperent.
Singulis annis k . . . . . quod[5]) supere]sset in arca corporis, § curatores dividerent aequis
portionibus aut si quid tardius] inferrent centesim. datis a curatorib(us) sing(ulis)
mensibus[5]) . . . . .] item placere uti adlect[i om]ne eod(em) anno praestarent
et pariter sumpt]us[5]) ab utrisq(ue) erogentur . . . . Item placere uti
quisquis adlectus e]sset, inferret arcae (denarios . . . . .).

---

[1]) 'Hier muss vom Wein und Brot die Rede gewesen sein; bei dem knappen Raum mag oben gestanden haben vini S I (sextarios singulos (panes a(ssium) II.' Mommsen. — [2]) Dies kommt in der Senkrechten auf das A von Aug., nicht, wie Bd. 11 S. 74 angenommen, auf das A von Aelianus. Hülsen a. a. O. S. 290 A. 1. — [3]) cena ΛFCII III liest Hülsen neuestens, wonach Hirschfeld, auf Marquardt, Privatleben, S. 208 und 210 verweisend, cena recta ergänzt. — [4]) Mommsen möchte hiernach auch Lanuvina II, 15: magistri cenarum ex ordine albi facti qu[o]d ordine homines qua terni ponere debebunt beibehalten. — [5]) Mommsen.

Hiernach ist: A) die Aufnahme des alius quam negotiator vollkommen lesbar: der Fall, um den es sich handelt, ist der einer bewusst pflichtwidrigen Aufnahme durch die curatores: hierdurch wird die in meinem vorigen Aufsatz bereits hervorgehobene Härte der Bestimmung einigermassen gemildert. Freilich erscheint die Zunft dadurch auf einer gesellschaftlich noch niedrigeren Stufe, dass das Statut einen solchen Fall ins Auge fasst: heute stehen Strafbestimmungen für ungetreue Aufsichtsräthe wohl im Strafgesetzbuch; aber die Statuten der Gesellschaft schweigen darüber[1]). Ab ordine heisst nach Mommsen wohl nicht „durch den ordo", sondern eher „vom ordo weg", so dass sie ihm nicht mehr angehören; „wobei man sich erinnern muss, dass bei den Collegien der ordo nicht den Vorstand, sondern die Bürgerschaft selbst bezeichnet".

B) Im übrigen ist die Stellung der curatores klarer geworden:

1. Dass es Jahresbeamte sind, ist jetzt unzweifelhaft; vgl. Z. 18: a curat. n. IIII sui cuiusq anni und Z. 8, 9 a curatoribus n̄ IIII sui cuiusq[2]).

2. Es sind ihrer vier (Z. 8, Z. 18, eventuell Z. 20), die gerade in den Sportelbestimmungen — nicht so in der Strafandrohung — als vier bezeichnet werden[3]). Ist Zeile 20 quaterni zu lesen, so ist immer noch möglich, dass dies nur ein Minimum war. Warum gerade vier, ist aus dem Statut nicht ersichtlich.

3. Wichtiger erscheint, dass die Curatoren, die Jahresbeamten, immer sammt und sonders genannt werden. Sowohl da, wo ihre positiven Pflichten hingestellt werden: Sporteln

---

[1]) Zu vergleichen wäre die Bestimmung der Lanuvina II, 25 ff. — [2]) Lanuvina magister II, 8 ex ordine albi 15 ex ordine albi facti. — [3]) Die Vierzahl wird erwähnt am Neujahrstag und bei dem Fest zu Ehren der Thronbesteigung; sie fehlt nicht bloss bei den Tagen der Patrone, sondern auch bei Kaisers Geburtstag; bei diesem letzteren ist sogar noch sicherer zu sagen, dass sie nicht erwähnt wurde; bei den Patronstagen kann sie in dem fehlenden Theil gestanden haben. — Vgl. donavitque HS L mil(ia) n(ummum) hominibus n(umero) LX und sportulas hominib(us) n(umero) LX . . . dividerent im Collegium Aesculapii et Hygiae Z. 4 und 14. Auch Lanuvina II, 16.

aus der Kasse zu zahlen, die Kasse unter die Mitglieder am Jahresschluss auszuschütten, sind sie alle zusammen erwähnt, als da, wo die Verzugszinsen für den Fall der Säumigkeit angedroht werden, und selbst da, wo positive Pflichtwidrigkeit geahndet werden soll (Z. 5). Das Collegium der Zunft hält sich an das Collegium der Jahresbeamten. Man wird wohl anzunehmen haben, dass innerhalb der Behörde jedem mindestens ein Intercessionsrecht zustand: sonst wäre die Gesammtverantwortlichkeit unpassend.

4. Z. 21 besagt, dass gewisse Personen sui anni commoda cuncta acciperent. Die Lanuvina II, 17 ff. setzt für die quinquennales gewisse Bezüge und Immunitäten fest. Auch erwähnt sie (I l. penult.) commoda: deductis commodis et exequiario. Es scheint natürlich, unsere Zeile dahin zu ergänzen, dass, nachdem gesagt ist: ut curatores .. fierent, nunmehr folgte: qui curatores facti erunt, u]t sui anni commoda cuncta acciperent. Es verweist dann diese Bestimmung zurück auf detaillirte Verfügungen des verloren gegangenen Theils der Inschrift; eigenthümlich ist es ja auch, dass in unserem Schlusstheil noch einmal eine so einfache und primitive Anordnung vorkommt, wie die, dass jährlich vier curatores gewählt werden sollen.

5. Die folgenden Zeilen geben nach Mommsens Ergänzung den curatores die Pflicht, die Ueberschüsse des Jahres unter die Mitglieder zu gleichen Theilen zu vergeben, und setzen die auch bei säumigen Vormündern üblichen höchsten Zinsen von 12% für Verspätung in der Ablieferung an die Kasse fest. —

Ueberblicken wir danach die Bestimmungen über die curatores, so ergiebt sich, dass sie die Befugnisse des Kassenbeamten mit denen des adlegierenden Beamten und des Festordners vereinen. Ueber ihnen steht ein Vorstand für das lustrum (aus einer Person oder mehreren bestehend), der für sie Control- und Disciplinarinstanz gewesen zu sein scheint, übrigens in unserer Inschrift nicht mehr als einmal erwähnt wird. — Ob sie die Ausrüstung des Mahles, die im Statut erwähnten Spenden — abgesehen von den ex arca zu leistenden Sporteln —, aus eigenen Mitteln zu „prästiren“ hatten, ist nicht recht ersichtlich.

Herr Professor Mommsen fasst die Beamtenordnung folgendermassen:

„In dieser Gilde gab es also einen Vorstand, den oder die Quinquennalen, und übernahmen jedes Jahr vier Mitglieder die Ausrichtung der Gildenfeste und die damit zusammenhängende Kassenführung; bei der Aufnahme neuer Mitglieder hatte sie, wie es scheint, die Initiative, aber die letzte Entscheidung der Vorstand. Diese Ordnung ist wahrscheinlich in weitem Umfang bei den Genossenschaften zur Anwendung gekommen. In dem lanuvinischen Statut wird in der Stelle II, 14: magistri cenarum ex ordine albi facti quo ordine homines quaterni ponere debeb[unt] wohl nicht, wie ich früher meinte, quaternos zu verstehen sein, sondern das Object triclinium hinzuzudenken sein; die Einrichtung ist deutlich die gleiche. In den Fasten von Sklavencollegien C. I. L. XI, 6637. 6638 finden wir ähnlich von Jahr zu Jahr meistens vier, zuweilen auch sechs Namen verzeichnet, deren Benennung nicht angegeben wird; stets vier Namen erscheinen also in dem Sklavenkollegium von Luni C. XI, 1356. Dieser Gegensatz des Vorstandes und der unter den Mitgliedern umgehenden Festleitung hat sich schwerlich terminologisch fixirt, sondern es scheint die Benennung curatores und magistri den Festleitern gleichmässig zugekommen zu sein. Weitere eingehende Behandlung würde zu weit führen."

C) Am Schluss der Inschrift folgt ZZ. 24. 25 zunächst eine Bestimmung über die neu Eintretenden. Die letzte Zeile (26) lautete wohl: quisquis adlectus e]esset, inferret arcae ...; was aber die beiden vorhergehenden besagten, ist dunkel. Kann man die Worte in dem mittelmässig stilisirten Statut urgiren, so würde praestare auf eine Spende an die Mitglieder zu deuten sein, ähnlich wie a curatoribus passive praestari, während dare für das aus der Kasse genommene und blos weitergegebene, inferre für die Leistung an die Kasse gebraucht wird. Es könnte dann ebensowohl eine Spende, welche die curatores den adlecti ihres Jahres zu machen haben, gemeint sein, etwa dass sie ihnen nicht soviel zu geben haben wie den anderen (wofür Lex collegii Aesculapii Z. 5 eine, allerdings entfernte, Analogie böte) — wie andererseits eine Prästation, wodurch sich die neuen Mitglieder bei den alten vor-

theilhaft einzuführen hätten, etwa indem sie sich mit den curatores an der Herrichtung der Feste zu betheiligen hätten: wo denn das ab utrisque erogentur seine Erklärung fände. Etwa adlecti ... eod. anno praestarent [quod cur(atores) ita ut pariter sumpt]us könnte dann gelesen werden, mit Benutzung der im Text gegebenen Vermuthung Mommsens, der vielmehr eine dritte Vertheilungsart annimmt: „sie sollen für das Jahr des Eintritts voll zahlen, auch wenn der Eintritt im Laufe desselben erfolgt und beide, alte Mitglieder und adlecti, die Lasten gleichmässig tragen."

D) Vergleichen wir den Gang des Statuts mit dem des vollständig erhaltenen Lanuvinischen, so tritt die Aehnlichkeit hervor, dass der ordo cenarum mit den Pflichten der Festordner in der Mitte steht, während vorher und nachher eigentlich juristische Anordnungen Platz gefunden haben. Bei unserem Statut fehlt die Zwecksatzung, die bei der Lanuvina als Begräbnissordnung voranstand: sie ist auch hier im Anfangsstein verzeichnet gewesen. Eigenthümlich ist, dass die Strafbestimmung, die unsere Tafel eröffnet, gerade so unmittelbar vor dem Ordo cenarum steht, wie in der Lanuvina eine ähnliche (II, 8 ff.). — Was nach dem Ordo cenarum folgt, ist in beiden Statuten, namentlich allerdings in der Lanuvina, etwas zusammengewürfelt und macht den Eindruck, als seien Novellen zu dem ursprüglichen Statut gemacht worden. Wer würde z. B. die Verfügung, dass jährlich vier curatores zu schaffen sind, am Schluss des Statuts erwarten, nachdem schon längst über diese Beamten gehandelt war? Oder wer würde die anspruchslos-gemüthlichen Ordnungsmassregeln der Lanuvina II, 23—28 zwischen dem Abschnitt über die Dotirung der quinquennales und dem über die Pflichten dieser Beamten vermuthet haben?

E) Endlich sei noch folgende Bemerkung angeknüpft. Die arca wird wiederholt als arca nostra bezeichnet (Z. 8; Lex collegi Aesculapi Z. 22). Unzweifelhaft waren die fraglichen collegia juristische Personen: der Ausdruck nostra weist auf die alte Anschauung hin, die auch in der technischen Bezeichnung municipes zum Ausdruck kommt, und in der juristischen Person nicht die Einheit, sondern die Vielheit erblickt.

Für die municipes ist sie anerkanntermassen im Hadrianischen Edict niedergelegt (Lenel, Ed. S. 80. 81; bei Bruns, fontes [5] S. 192 Nr. 6. 8: quibus municipum nomine agere liceat. quod adversus municipes agatur). Die Statuten aus der Hadrianischen Zeit (collegium Aesculapii etwas später: 153 p. Chr.) zeigen sie auch für die universitates lebendig. In der That wird man D. 3, 4 quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur nicht für eine Edictalrubrik halten dürfen: D. 3, 4, 1 zeigt, dass diese dem arca nostra mehr conform gehalten war: der verdorbene Anfang des pr.: Neque societas neque collegium neque corpus passim omnibus habere conceditur scheint bei Gaius darauf hinausgekommen zu sein, dass neque sociis neque collegis es passim erlaubt war: corpus habere; denn concessa sunt corpora — sociis permissum est corpus habere — collegia ... quorum corpus ... confirmatum est, drängen sich in dieser Ausführung. Wenn nun der § 1 fortfährt: quibus autem permissum est corpus habere ..., und § 2: quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit, possideri et ... venire se iussurum proconsul ait, so dürften namentlich die letzteren, offenbar (auch nach Lenel, Ed. S. 83) edictalen Worte eine Pluralität im Edict voraussetzen, — während es den Compilatoren zuzutrauen ist, dass sie an den Plural von universitas dachten[1]).

Wer aber die waren, die man vertheidigen sollte, ist aus den citirten Stellen wohl herauszulesen: es sind die, denen zur universitas zusammenzutreten erlaubt ist. Schon die Erläuterungen, betreffend die Erlaubniss, zur juristischen Person zusammenzutreten, sind Commentar zum Edict: permissum est ist ein edictales Wort, z. B. interdictum de castello D. 43, 20, 1, 38: quo ex castello illi aquam ducere .. permissum est; auch interdictum fraudatorium D. 42, 8, 10 pr.: in factum actionem (eingesetzt für irgendwelche Interdictsformeln) permittam und interdictum uti possidetis D. 43, 17, 1 pr.: neque pluris quam quanti res erit .. agere (Lenel: sponsionem restipulationemque facere) permittam.

---

[1]) Vgl. die Verwechselungen mit eam bei fiducia und pignus D. 13, 7, 8, 3 und 35.



Dass die universitas im Edict mit corpus[1]) bezeichnet war, ist nach Gaius l. c. kaum zu bezweifeln. Das Edict wird also gelautet haben: Quibus permissum est corpus habere . . ., quod eorum nomine agatur. —

Nachtrag.

Im Begriff, dies abzusenden, erhalte ich Kenntniss von de Ceulemer, de la signification des mots Negotiator Citriarius (Extrait des Bulletins de l'Académie royale de Belgique, 3 série, tome XXI, nº 2; 1891). Diese Abhandlung gelangt, unter Zurückweisung der abwegigen Auffassung, citriarius sei Citronenhändler, zu der richtigen Uebersetzung: Kunsttischler, ébéniste. Da sie aber noch auf Borsaris corarii fusst, so muss sie, methodisch correct, mit den Worten schliessen: nous estimons donc que dans l'état actuel de nos connaissances sur l'art industriel des anciens, il nous est impossible de donner la raison d'être de cette union entre les citriarii et les corarii. De nouvelles études pourront peut-être éclaircir ce point dans la suite.

Hülsens Lesung: eborarii hat das Nichtvorhandensein dieser Verbindung und die Erklärung der wirklich bestehenden Verbindung ergeben.

---

[1]) Pernice, Labeo I, 289: „Der gesetzliche Kunstausdruck für diese Art der sog. juristischen Personen ist corpus."

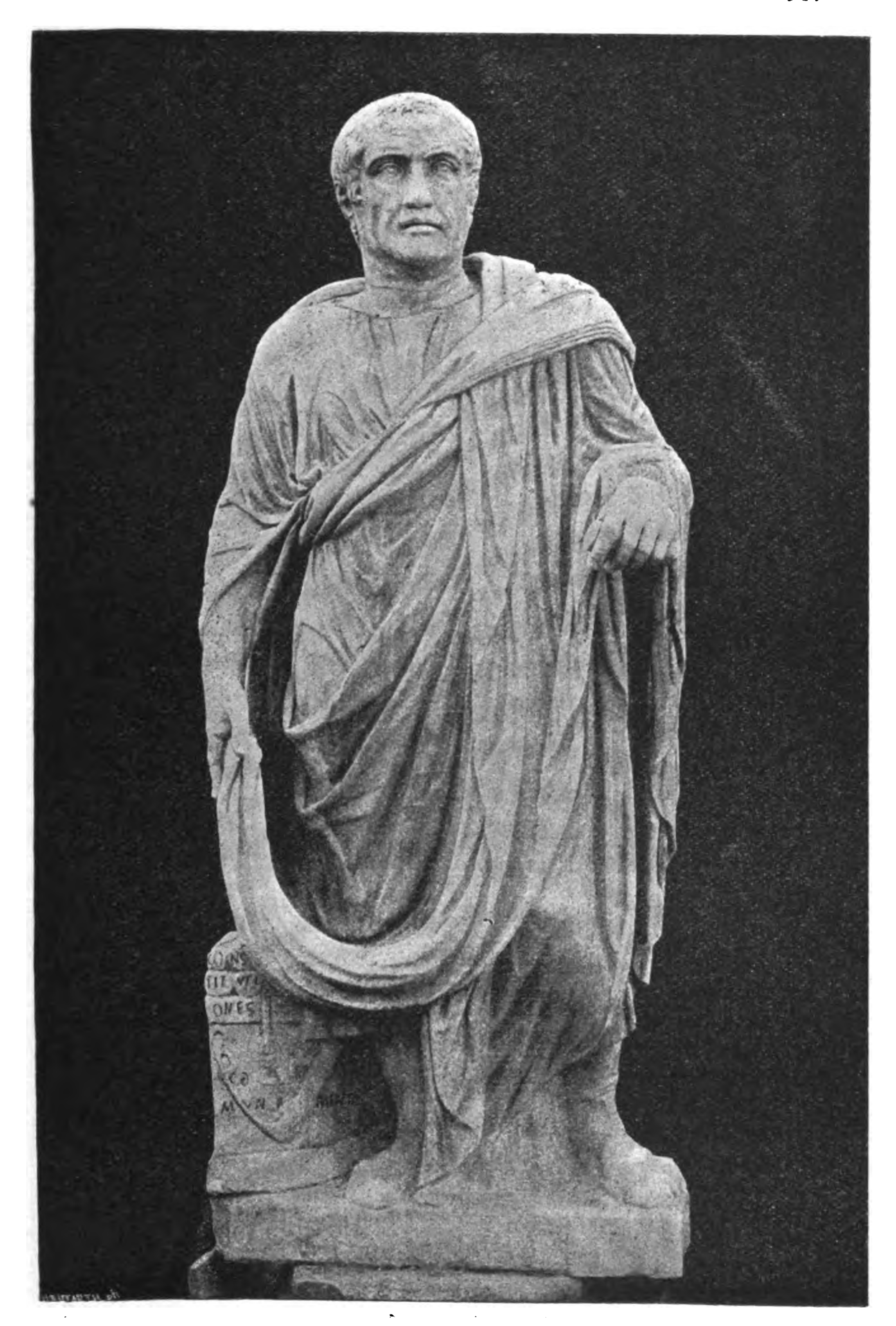
Miscellen.

Constitutiones corporis munimenta. Die beiden Bildwerke, welche auf S. 147 und 148 nach guten, von den Herren Petersen und Hülsen vom römischen Institut freundlich mitgetheilten Lichtbildern wiedergegeben werden, sind beide stadtrömischen Fundes. Die Statue, einen älteren Mann in der Toga darstellend, jetzt im Palazzo Poli, ist schon von Spon (misc. erud. antiq. 1685 p. 216) *ex schedis Bagarrianis* abgebildet und neuerdings in den antiken Bildwerken Roms von Matz und von Duhn Bd. 1 S. 365 Nr. 1263 beschrieben, aber wenig beachtet worden. Das zweite noch nicht veröffentlichte Fragment hat sich im Jahre 1890 bei Aufräumungsarbeiten unweit S. Salvatore in Onda am Ponte Sisto gefunden und befindet sich jetzt in dem neu in den Diocletiansthermen eingerichteten Museum. Beide Bildwerke stellen, das erste neben der Statue, das zweite für sich allein das *scrinium* dar, das auch sonst nicht selten auf antiken Denkmälern erscheint (vgl. Marquardt im Handbuch 7, 678), zum Beispiel auf dem Grabstein eines *scriniarius* (C. I. L. VI, 9885; abgebildet in dem Berliner Pighius-Codex f. 151. 158', so wie bei Spon a. a. O), wo dasselbe die Aufschrift trägt SCRIN. V. Von einem solchen Scrinium selbst, dem Schriftkasten der in dem Vierkaiserjahr bei Cremona zu Grunde gegangenen 4. macedonischen Legion, haben sich vor einigen Jahren Reste des Beschlags auf dem Schlachtfelde gefunden [1]). Es ist das Scrinium ein runder, oben mit Deckel versehener Kasten, in welchem, wo dieser aufgeschlagen ist, die Schriftrollen neben einander stehen. 'Das neu gefundene Scrinium', schreibt mir Hülsen, 'hat sicher nicht frei gestanden, sondern neben einer Figur wie dasjenige in Palazzo Poli. Es hat ungefähr 1 Meter Höhe einschliesslich der Rollen, etwa 40 Centimeter im Durchmesser; die Schriftrollen haben im Durchmesser m. 0,05, die Buchstaben die Höhe von m. 0,015. Es sind auf dem Deckel einige Rollen mit zwei schmalen Schnüren festgebunden; regulär war dies wohl nicht, sondern ist nur geschehen, um den Inhalt des Kastens anzudeuten, etwa wie wenn man auf einer geschlossenen Actenmappe noch

---

[1]) Abgebildet von Barnabei in den römischen *Notizie degli scavi* 1887 p. 209, erläutert von mir im Correspondenzblatt der Westdeutschen Zeitung 1888 S. 56.




ONES



Actenhefte anbrächte, um sie damit zu charakterisiren. Das breite Tragband ist auf beiden Exemplaren sichtbar, ebenso das Schloss. Zu dem Schlüsselloch desselben geht vom Deckel herab ein lederner oder metallener Streifen, der mit einer Krampe in dasselbe eingreift wie bei dem modernen Koffer.' Für Juristen, das heisst für solche, die sich um das römische Corporationswesen kümmern, von Interesse sind die auf den Scrinien der beiden oben angeführten Denkmäler befindlichen gleichlautenden Inschriften:

neben der Statue:	allein:
CONS	*c o n s*
TITUTI	T I T *u t*
ONES	I O N E
	S
CO RP ORIS	
MVNI MENTA	cORP MVNIMENTA

Diese beiden Scrinien also haben für stadtrömische Corporationen gedient und sind zunächst als Privilegienlade betrachtet worden. Den lebendigen Commentar dazu geben die bei S. Pietro ad vincula gefundenen Archivstücke der römischen *σύνοδος ξυστικὴ τῶν περὶ τὸν Ἡρακλέα ἀθλητῶν*, welche kürzlich in der schönen Kaibelschen Sammlung der griechischen Schriften Italiens und Siciliens zusamengestellt worden sind[1]): dieser Gesellschaft bewilligt Kaiser Hadrian ein *οἴκημα ὡς τὰ γράμματα ἀποτίθεσθαι τὰ κοινά* und Kaiser Pius wiederholt dies bald darauf: *ἐκέλευσα ὑμεῖν ἀποδειχθῆναι χωρίον, ἐν ᾧ καὶ τὰ ἱερὰ καταθήσεσθε καὶ τὰ γράμματα.* Dieses Collegienlocal, in welchem unter anderem die Kaiserbriefe an das Collegium in Stein gegraben aufgestellt wurden, vertritt bei dieser angesehenen Körperschaft das Scrinium, mit dem sich diejenigen geringeren Collegien, welchen die oben aufgeführten Inschriften angehörten, zu begnügen hatten.

Th. Mommsen.

Zur Kritik des Codex Iustinianus. In Hieropolis Kastabala, jetzt Budrum, einem Städtchen der Provinz Kilikien ist kürzlich die Ehrenbasis eines Statthalters — *leg(atus) Aug(usti) pr(o) pr(aetore) pro[vinciae] Ciliciae* — zum Vorschein gekommen, dessen Namen auf dem an den Zeilenanfängen verstümmelten Stein also lauten: ... *cius T. f. Cl. Dexter Augus[tanus Alpin]us Bellicius Sollers Metilius ...... us Rutilianus.* Hr. Hicks, der diese Inschrift in dem *Journal of hellenic studies* Bd. 11 (1890) S. 251 bekannt gemacht und einen Theil der fehlenden Namen mit Hülfe der sechsunddreissig des als *Tiburtinus polyonymus* bekannten Consuls vom Jahre 169 zutreffend ergänzt hat, bemerkt dazu, dass Antoninus Pius (138—161) an einen *Rutilianus legatus Ciliciae* rescribirt habe, wobei er sich auf Liebenam (Forschungen zur Verwaltungsgeschichte des römischen Kaiserreichs Bd. 1 S. 416) beruft. Dabei aber ist er durch einen zweifachen Schnitzer des Liebenamschen Verzeichnisses irre geführt worden. Das Rescript, um das es sich hier handelt, cod. Iust. 9, 43, 1, trägt die Subscription *VIII k. Mai. Laeto II et Ceriale cos.*, ist also vom Jahre 215 und nicht von Pius, sondern von Caracalla erlassen, und die Adresse lautet bei Krüger *Rutiliano consulari Lyciae.* Liebenam hat die Datirung übersehen und die Adresse nach einer älteren Ausgabe angegeben.

Die Identification der beiden Personen wird hiedurch in Frage gestellt; und es kann gegen dieselbe weiter geltend gemacht werden, dass die im übrigen chronologisch fester Indicien entbehrende Inschrift in einem ihr angehängten griechischen Epigramme den Statthalter

---

[1]) Nr. 1054. 1055. 1102—1110. Dies wird auch die in dem Epigramm 978a genannte *Ἀδριανὴ σύνοδος* sein, nicht die *θυμελικὴ σύνοδος*, der Kaibel dasselbe beilegt; ob eine solche in Rom bestanden hat, ist mir zweifelhaft.

Dexter nennt, also dies der Hauptname gewesen zu sein scheint. Andererseits aber macht die Bezeichnung des lykischen Statthalters als *consularis* Schwierigkeit, während sie bei einem Statthalter von Kilikien begreiflich ist. Ohne Zweifel ist sie nicht ursprünglich; denn die officielle Titulatur, welche in dieser Adresse gestanden haben muss, kennt in dieser Epoche die Bezeichnung *consularis* nicht; wenn aber auch erst die Redacteure der Constitutionensammlungen sie eingesetzt haben, passt sie sachlich wohl für den kilikischen, nicht aber für den niedriger stehenden lykischen Statthalter. Auf alle Fälle wird man Ursache haben die Inscription der Verordnung auf die handschriftliche Grundlage hin zu untersuchen.

Die ältere verkürzte Handschriftenclasse (Pariser Handschrift 4516; in der Pistojeser fehlt das 9. Buch ebenso wie in der Summa Perusina) sowie die beste der von Krüger benutzten vollständigen Handschriften, die von Monte Casino lesen an dieser Stelle *consulari provinciae*, was unmöglich ist; *consulari Lyciae* hat Krüger der guten Berliner entnommen; *consulari Ciliciae* liest Haloander und ist aus seinem Druck in die späteren übergegangen. Es fragt sich also, woher Haloander diese Lesung genommen hat. Ich finde darauf keine andere Antwort, als dass sie aus der notorisch besten aller für unseren Text benutzten Handschriften herrühren muss, aus dem Egnatianus.

Krügers Ausführung (Kritik des justin. Codex S. 79 sq.) über Haloanders Verhalten zu den Inscriptionen dieser Handschrift scheint mir einer Nachprüfung zu bedürfen. Ich habe diese nur für einige Abschnitte angestellt, glaube aber meine Ergebnisse in dem Sinne vorlegen zu dürfen, dass sie zu weiterer Untersuchung des Gesammtverhalts anregen sollen. In den ersten vier Titeln des 7. Buches, für welche der Egnatianus versagt, begegnen in Haloanders Text gegenüber seiner Vorlage, der Nürnberger Ausgabe von 1475, die folgenden wesentlicheren Abweichungen.

	Nürnberger Ausgabe:	Haloander:	Krügers Handschriften:
7, 1, 3	Atomitae	Attonitae	Attiae
7, 2, 4	Anchilao	Archelao	Anchilao
5	Quintiniano	Quintiliano	Quintiano, Quintino
8	Cemellio	Tremellio	Gemello
7, 4, 4	Adriano	Hadriano	Arriano, Hadriano
9	*fehlt*	Mercuriali	Mercuriali
10	Daphni	Daphnidi	Dafno, Dafino
12	Hyreno	Hyrenio	Irenaeo

Also hat Haloander zwar sich hier nicht ausschliesslich an seine Vorlage gehalten, da er einen in dieser ausgefallenen Adressaten aufführt; aber diese Ergänzung braucht nicht einmal einer Handschrift entnommen zu sein, da sie, wie manche ähnliche, bereits in älteren Ausgaben, zum Beispiel in den beiden Lyoner von 1514 (bei Franz Fradin und bei Jacob Sacon) sich findet. Im übrigen springt es in die Augen, dass er die in der Vorlage gegebenen Namen mit geringen und regelmässig fehlgehenden conjecturalen Correcturen einfach wiedergiebt.

— Dagegen für 9, 1—44, wo der Egnatianus ihm vorlag, ist das Verhältniss ein völlig verschiedenes. Es wird genügen durch einige ausgewählte Belege zu erweisen, dass Haloander hier eine gute Handschrift benutzt hat.

	Nürnberger Ausgabe:	Haloander:	Krügers Handschriften:
9, 1, 1	Silo	Sylvano	Silvano, Salviano
2	Iul'	Ingenuo	=
9	Severo	Severiae	Severiano
10	Maccha	Buccatrahio	Mucrataulo, Mucatrabio
11	Saturnino	Saturnino et aliis	Saturnino
16	Carr.	Callutico	Callitico
9, 2, 3	Saturni	Stephanidi	=
5	Paulo	Paulino	=
6	Arbidiano	Avidiano	=
9, 5, 1	Palio pp.	Basilio pp.	=
9, 8, 2	Fausto	Faustiniano	Faustiniano, Faustino
9, 9, 1	Asie	Cassiae	=
4	Iul. procura. Carb.	Iuliano procons. Narbonensi, provinciae	Iuliano procons. Narbonensium
5	Audenti	Vadanti	=
9, 9, 8	Felici	Domno	=
12	Narbono	Naruano	Norbano
13	Ioh.	Theodorae	Theod.
20	Dionysio	Didimo	Didymo
22	Obrimo	Oblimoni	Obrimosi, Obrimo
9, 12, 1	Pelio	Pelitiae	Peliciae, Peliae
9, 18, 2	Treberio	Tyberio	Tiberio
9, 20, 11	Praeliatae	Marpiatae	Ampiatae, Ampliatae
9, 23, 2	Antiocho	Atticio	=
5	Gallo militi	Gallieno militi	Gallicano militi
9, 33, 2	*fehlt*	Longino	=
3	*fehlt*	Euelpisto	=
4	*fehlt*	Attalo	=
9, 34, 4	Eutropio	Euprepio	Euprepeti, Eutrepeti, Eutropio
9, 35, 2	Claud.	Clavo	Claro *Berl.*, Davo *sonst*
9, 43, 1	Iul. consuli	Rutiliano consulari Ciliciae	Rutiliano consulari Lyciae *oder* provinciae
9, 44, 1	Desidio vict.	Desiderio vicario Asiae	Desiderio vicario

Die von Haloander hier augenscheinlich benutzte Handschrift kann keine andere gewesen sein als dieselbe, der er zahlreiche in den unseren fehlende Subscriptionen entnahm; und wenn Haloanders Inscrip-

tionen in den meisten Fällen gegen die seiner Vorlage mit denen der Krügerschen Handschriften übereinstimmen, so ist dies einfach daraus zu erklären, dass in den letzteren die Zerrüttung der Inscriptionen nicht so weit fortgeschritten ist wie die der Subscriptionen. — Aber ersichtlich ist auch in den Inscriptionen nicht selten die Lesung des Egnatianus die bessere: *et aliis* 9, 1, 11 — *Asiae* 9, 44, 1 sind sicher echte Zusätze, der letztere um so bemerkenswerther, als er im Theodosischen Codex 9, 56, 1 sich nicht vorfindet; bei den in beiden Sammlungen vorliegenden Erlassen hat also Haloander die Inscriptionen nicht ausschliesslich nach der theodosischen gestaltet. Krüger erwähnt diesen Zusatz gar nicht; bei Hänel wird er angeführt, aber ohne dass man aus seiner Anmerkung ersieht, woher er stammt. Ich kann es nur als einen Mangel der sonst so verdienstvollen Krügerschen Bearbeitung des Codex bezeichnen, dass die Haloanderschen Inscriptionen darin vermisst werden; wenn auch nicht häufig, sind dieselben doch gelegentlich brauchbar und es wäre wohl zu wünschen, dass dem Defect abgeholfen wird. Eingelegt in den übrigen Apparat sind die Inscriptionen überhaupt unbequem zu benutzen und man begreift es wohl, dass der Herausgeber sich nicht gern dazu verstand mit dieser Variantenmasse den Apparat noch weiter zu beschweren. Allein es würde sich empfehlen sowohl die Haloandrischen Inscriptionen nebst den davon untrennbaren der Princeps wie auch die der Krügerschen Handschriften in einem besonderen Anhang zusammenzustellen.

Also ist der Rutilianus der Inschrift aller Wahrscheinlichkeit nach doch der in Hieropolis geehrte Legat. Die Moral aber dieses kleinen Vorgangs ist, dass unter Umständen zweckmässiger eine unkritische Ausgabe benutzt wird als eine kritische; womit indess dies Verfahren keineswegs zur Nachahmung empfohlen werden soll.

Zu der Rechtsstellung der athenischen Professoren in der römischen Kaiserzeit. Ein kürzlich in Athen aufgefundenes und in der athenischen Ephemeris 1890 S. 143 von Herrn Kumanudes bekannt gemachtes Document verdient auch die Beachtung der Juristen. Anfang und Schluss fehlt; was vorliegt, sind Actenstücke, betreffend einen athenischen Scholarchen aus hadrianischer Zeit, den Popillius Theotimus, die etwa in dem Schullocal der Epikureer oder auch auf seinem Grabmal aufgestellt gewesen sein mögen. Von dem ersten Schreiben, vielleicht von der Wittwe des Kaisers Traian, der Plotina Augusta, an den Professor gerichtet, ist nur das Jahrdatum 121 n. Chr. erhalten. Wahrscheinlich Beilagen dazu sind Auszüge aus einem Briefe der Plotina an den regierenden Kaiser Hadrian und aus dessen Antwort, welche hier wiederholt werden.

A Plotina Augusta.

[Quod studium meum] erga sectam Epicuri sit, optime scis, d[om]ine. Huius successioni a te succurrendum [est, nam quia n]on licet nisi ex civibus Romanis adsumi diad[o]chum, in angustum redi[g]itur eligendi [ius. Ro]go nomine Popilli Theotimi, qui est modo diado[c]hus Athenis, ut illi permittatur a te et Graece [t]estari circa hanc partem iudiciorum suorum, quae a[d] diadoches ordinationem pertinet, et peregreinae condicionis posse sub[s]tituere sibi successorem, s[i i]ta suaserit profectus personae, et quod Theotimo concesseris, ut eodem iure et deinceps utantur fut[uri] diadochi sectae Epicuri, eo magis, quod opservatur, quotiens erratum est a testatore circa electionem [di]adochi, ut communi consilio substituatur a studiosis eiusdem sec[t]ae qui optimus erit. Quod facilius fiet, si e[x] compluribus eligatur.

Imp. Caesar Traianus Hadrianus Aug. Popillio Theotimo permitto Graece testari de eis quae pertinent ad diadochen sectae Epicureae. Set cum et facilius successorem e[l]ecturus sit, si ex peregrinis quoque substituendi facultatem abuerit, hoc etiam praesto, e[t] deinceps ceteris, qu[i] diadochen habuerint, licebit, vel impe[re]greinum vel in civem Romanum ius hoc transferri.

Das vierte Schreiben, in griechischer Sprache von der Kaiserin Plotina 'an alle Freunde' (πᾶσι τοῖς φίλοις) gerichtet, spricht ihre Freude über die von ihrem 'guten Sohn' (ἀγαθὸν τέκνον) erlangten Bewilligungen aus und fordert die Freunde auf, sich derselben werth zu erweisen und nicht nach Freundschaft, sondern nach Würdigkeit die Stelle zu besetzen.

Dass für das Kaiserhaus die Adoption auch auf die Mutter sich erstrecken kann, wird hier durch einen weiteren Beleg bestätigt (Staatsrecht 2^{3}, 1137); und was für Legate Ulpian 25, 9 bemerkt, dass sie nicht in griechischer Sprache gegeben werden dürfen und danach auch vom Testament längst feststand, wird hier nun für diese ausdrücklich ausgesprochen. Aber wirklich neues Licht erhält durch diese Urkunde die Stellung der athenischen Scholarchen, nicht der erst seit Marcus bestehenden und vom römischen Staat besoldeten Professoren, sondern der älteren aus Stiftungen hervorgegangenen Häupter der vier athenischen Philosophenschulen, der technisch sogenannten Diadochen. Dass diese Stellen theils durch testamentarische Bestimmung des Vorgängers, theils durch Wahl der Studenten besetzt wurden, ist auch sonst bezeugt; dass aber die letzteren sogar befugt waren den unfähigen Professor abzusetzen und ihm einen Nachfolger zu geben, erfahren wir erst jetzt. Wer diese Verhältnisse näher kennen lernen will, kann auf

die Abhandlung von C. G. Zumpt (über den Bestand der Schulen in Athen und die Succession der Scholarchen in den Abhandlungen der Berliner Akademie vom Jahre 1843) und auf Diels Besprechung unserer Inschrift (in Steins Archiv für Geschichte der Philosophie Bd. 4 S. 478 f.) verwiesen werden. — Wichtiger vielleicht noch und völlig neu ist es, dass dieses Scholarchat und ohne Zweifel auch die der übrigen drei Philosophensecten nur an römische Bürger vergeben werden durfte. Wir sehen daraus, dass das römische Regiment, um die Suprematie über Hellas zu behaupten, auch dazu mit gegriffen hat zu den wissenschaftlich bedeutendsten Stellungen nur solche Griechen zuzulassen, welche ihrer politischen Stellung nach Römer geworden waren; wobei man sich daran zu erinnern hat, dass Kaiser Claudius den zum römischen Bürgerrecht gelangten Griechen dieses entzog, wenn sie der lateinischen Sprache nicht mächtig waren. Diese Einrichtung gehört sicher nicht erst der mittleren Kaiserzeit an, in welcher der hier doch noch obwaltende Gegensatz der Nationalitäten sich bereits im wesentlichen verschliffen hatte. Es erinnert dies vielmehr an die in Aegypten von Augustus getroffenen Ordnungen, wonach dort alle Ober- und Mittelbeamten nur mit römischen Bürgern besetzt werden durften und nur die Localbehörden den Einheimischen verblieben. Es ist sehr wahrscheinlich, dass zu jener Kategorie auch der Vorstand (*ἐπιστάτης*) des Museion gehört hat, da der einzige derartige Beamte aus der Kaiserzeit, den wir kennen (C. I. Gr. 5900), ebenfalls römischer Bürger war. Was den vier athenischen Scholarchen recht, war dem Präsidenten der alexandrinischen Akademie ebenfalls billig.

Th. Mommsen.

Allem Anschein nach kehrt das merkwürdige Formular für ein Testament mit Codicillarclausel, welches v. Schulte, Wien. Sitz.-Ber. LVII, 203, aus der Kanonensammlung des Cod. VIII H. 7 der Universitätsbibliothek zu Prag (Cap. 256) veröffentlicht hat, in Cod. Chig. E, VII, 218 (vgl. Pescatore, Beitr. z. mittelalt. Rechtsg. 2, 93 und 94) wieder. Nur sind die Personennamen andere.

Boecking, Brachyl. p. 197, will in seiner Ausgabe von Glossen des Brachyl. die spärlichen Glossen des Cod. Vindob. vollständig herausgeben. In Wahrheit sind die Glossen des Cod. Vindob. nicht spärlich (gegen 200 an der Zahl) und nur zu einem verschwindenden Theile bei Boecking abgedruckt. Sie sind zu einem Theil identisch mit den der ed. Senneton und dem Cod. Vatic. Reg. gemeinsamen Glossen, zu einem Theil mit den kurzen Glossen des Cod. Vatic. Reg.: viele



Glossen sind indess dem Cod. Vindob. eigenthümlich. Aufschlüsse über die Entstehungsverhältnisse des Rechtsbuchs gewähren die Glossen m. E. nicht.

Zu den Belegen einer Benutzung der Perusiner Codexsumme (vgl. Gesch. d. Quell. u. Litt. d. röm. Rechts I, 55—57. 187) tritt hinzu, dass der Appendix der Epitome Iuliani im Cod. Vercell. zwei Texte derselben enthält (5, 71, 1 u. 4). Sie sind neuestens abgedruckt in der Vorrede zur ed. Mommsen der Lex Dei (Coll. Libr. Iur. Antei. III, 116).

Eine alte Ueberlieferung von Institutionentext, nämlich 3, 6 pr. — 9, mit einem Schluss aus Isidor, enthält Cod. Bodlei. 893 in Folio S. XI fol. 154. 155 (vgl. Maassen, Wien. Sitz.-Ber. 56, 185).

Die in nahen Beziehungen stehenden vier Urkunden, die beiden Recensionen des Privilegs Leo VIII. für Otto I. vom Jahre 964 (vgl. die erste bei Floss, Papstwahl unter den Ottonen S. 147 ff., die zweite MG LL II 2, 167), die Schenkungsurkunde Leo VIII. an Otto I. (vgl. MG. LL II, 2, 168) und das Decret Hadrian I. (vgl. bei Kunstmann, Tüb. Theol. Quartalschrift 1838, 337 ff.) sind unter Benutzung von Texten der römischen Rechtsquellen (Institutionen) verfasst. Es sind sämmtlich Fälschungen des 11. Jahrhunderts.

Dr. Max Conrat (Cohn).

Litteratur.

Pietro Bonfante, Res mancipi e nec mancipi. 2 Theile. Rom 1888, 89. 362 Seiten.

V. stellt sich in diesem, Vittorio Scialoja zugeeigneten Werke die Aufgabe, Bedeutung und Grund der Unterscheidung von res m. und nec m. zu untersuchen, und er rechtfertigt sein Unternehmen damit, dass er glaubt, dieselben tiefer erfassen zu können, als es bisher geschehen. Als Vorfragen behandelt er die drei Fragen nach der Bedeutung des Ausdruckes, nach dem Katalog der res m. und nach der Zeit der Entstehung jener Unterscheidung.

Das so festgestellte Thema bearbeitet er nach der äusseren Anlage seines Werkes in zwei selbständigen, übrigens auch getrennt veröffentlichten Theilen, denen beiden die genannte Disposition zu Grunde gelegt ist. Der erste Theil giebt eine ausführliche, systematisch geordnete Zusammenstellung der in der älteren und neueren Litteratur vertretenen Meinungen mit eingeflochtenen kritischen Bemerkungen des V.; dem zweiten ist die Entwickelung seiner eigenen Ansichten vorbehalten. — Diese Theilung des Themas scheint mir nicht nur unangebracht, sondern auch misslich zu sein. Indem V. der Litteratur eine eigene und in sich abgeschlossene Darstellung widmet, legt er ihrer Besprechung eine selbständige Bedeutung bei, die ihr nicht zukommt; zugleich aber macht sein Verfahren eine zusammenhängende und übersichtliche Behandlung der einzelnen Fragen unmöglich. Soweit ein Ueberblick über die Litteratur zweckmässig erscheint, soll er mit kurzen Federzügen auf die jeweilige eigene Gedankenentwickelung vorbereiten, und V. hätte daher besser gethan, wenn er den ersten Theil weggelassen und den einzelnen Abschnitten seines zweiten Theiles eine gedrängte Litteraturübersicht vorausgeschickt hätte.

Unser Interesse beschränkt sich hiernach auf den zweiten Theil. Dem V. folgend, wenden wir uns zunächst den drei oben bezeichneten Vorfragen zu.

Was bedeutet der Ausdruck res m.? Die eine Seite dieser Frage hat V. bereits im ersten Theil entschieden (S. 20 ff.): mancipi ist die

alte contrahirte Genitivform von mancipium; sie hat sich, wie V. feststellt, im Gegensatze zu anderen Verbindungen des Wortes (causa, lex mancipii u s. w.) gerade in unserer Wendung so fest erhalten, dass einzig und allein in fr. Vat. 259 (Papinian) die nach Mommsens neuester Ausgabe insoweit sichere Lesart res nec mancipii begegnet. Ebendaselbst hat V., was hier noch bemerkt sei, die Ansichten der Römer über die Betonung des Wortes mancipi zusammengestellt. Es handelt sich nunmehr um die Bedeutung von mancipium in unserem Ausdruck. V. verwirft die Bedeutung von mancipatio, aber auch die von Eigenthum schlechthin, nimmt vielmehr eine alterthümliche an, von der er eine Spur bei Tacitus Ann. XIV, 43 (avitum mancipium) und bei Plinius h. n. IX, 35, 124 (sequitur heredem, in mancipatum venit ut praedium aliquod) zu finden glaubt; darnach bedeute mancipium objectiv das Familieneigenthum als den kostbarsten und festen Theil des Vermögens, welcher, von den Vätern ererbt, in der Familie erhalten zu werden pflegt, und subjectiv das Recht, d. i. das Eigenthum des Hausherrn an demselben. Res m. seien also diejenigen Objecte, welche am Familieneigenthum theilnähmen.

Mit diesem letzteren Satze hat V. den Beweissatz seiner ganzen Abhandlung ausgesprochen. Zur Kennzeichnung desselben ist noch besonders hervorzuheben, dass für den V. das Familieneigenthum, wie auch aus Obigem ersichtlich, kein juristischer, näher kein civilrechtlicher Begriff ist: nach ihm besteht das Familieneigenthum nicht nach ius civile, nicht nach dem Gesetze des römischen Staates, sondern nur nach dem Gesetze der Familie. Erscheint nun auch diese Auffassung von vornherein bedenklich, weil mancipium gerade ein civilrechtlicher Kunstausdruck ist, so hat V. doch in den genannten beiden Zeugnissen, die er ansprechend auslegt (S. 92 N. 3, dazu S. 178 N. 2 und S. 181 N. 2), eine scheinbare Stütze. Indessen, sie mögen den Schluss zulassen, dass im mancipium der Begriff des Familieneigenthumes steckt; wie dieses aber ursprünglich geartet war, wie sich insbesondere das ius civile zu demselben verhielt, darüber geben sie gar keinen Aufschluss.

Zum Zwecke der Aufdeckung des ursprünglichen Begriffs von mancipium hat V. auch die Bedeutungen von mancipare entwickelt, und seine Ausführungen bieten hier manches Interessante. Wenn er aber die anfängliche Bedeutung von mancipare, hierin Voigt folgend, auf Grund einer von diesem missverstandenen Plautus-Stelle (Curc. IV, 2, 10) in den Eigenthums*erwerb* setzt, so ist dem gegenüber immer von neuem zu betonen, dass das Wort in der Rechtssprache nur veräussern bedeutet; daran können die etymologischen Versuche der Römer ebensowenig etwas ändern, wie die Thatsache, dass ein Schriftsteller der Kaiserzeit, Plinius h. n. IX, 35, 117 und nach ihm Solinus 20, 7, im vulgären Sprachgebrauch mancipare im Sinne von erwerben verwendet.

Die zweite Vorfrage betrifft den Katalog der res m. V. hält den von Gaius (I, 120; II, 14 ff.) und Ulpian (XIX, 1) überlieferten sowohl für die Kaiserzeit, als auch für die ältere Zeit für erschöpfend und feststehend; nur das Eine liesse sich sagen, dass die Rusticalservituten

in einer späteren Epoche entstanden und in die res m. eingereiht worden seien. Wenn sodann auf Grund der Autorität des Neratius (L. 1 § 1, L. 2, L. 3 D. 8, 3) zu den vier alten Rusticalservituten noch andere hinzugekommen seien, so könnten doch die letzteren deswegen noch nicht als res m. qualificirt werden; jedenfalls schliesse sie Ulpian, der gerade dem Neratius folge, von den res m. aus. — Im ganzen mit dem V. einverstanden, erachte ich den letzteren Schluss nicht für zwingend; im übrigen hat die Frage als eine rein schematische nur eine untergeordnete Bedeutung. Die Hauptsache ist, dass die neuen Rusticalservituten als solche den Grundsätzen über die res m. unterliegen und somit z. B. auch mancipirt werden können, mag ihnen nun der Name der res m. beigelegt worden sein oder nicht.

Die letzte Vorfrage beschäftigt sich mit der Zeit der Entstehung unserer Unterscheidung. V. verlegt sie, im wesentlichen auf Schilling und Bonghi fussend, in die vorrömische Periode. Sicher ist allenfalls nach Gaius II, 47, dass die XII Tafeln die Unterscheidung voraussetzen.

Nach Erledigung der besprochenen drei Vorfragen wendet sich V. dem eigentlichen Problem, der Frage nach Bedeutung und Grund der Unterscheidung zu. Er sucht zunächst ihre Bedeutung in geschichtlicher Zeit festzustellen. Schon im ersten Theil seiner Arbeit hat er den Plan dieses Abschnittes seiner Untersuchung entworfen und Rechenschaft von seiner Methode gegeben. Nach ihm hat die obige Frage zwei Seiten: welches ist der vernünftige Grund der Unterscheidung, und worin liegt ihr geschichtlicher Ursprung? Nach der einen Seite sei der natürliche, nach der anderen der juristische Unterschied der res m. und nec m. ins Auge zu fassen. In der bisherigen Litteratur liessen sich zwei einseitige Richtungen unterscheiden, von denen die ältere nur auf die erste Seite der Frage ihr Augenmerk richte und von diesem Standpunkte die Eintheilung aus physischen, öconomischen, socialen oder gar metaphysischen Gründen für nothwendig halte; die neuere Richtung dagegen suche für die an sich zufällige Unterscheidung nur nach einem geschichtlichen Grunde und finde diesen theils in der mancipatio, theils im originären Eigenthumserwerb der res m., theils im Census, theils endlich im ältesten Eigenthumsbegriff. Beide Richtungen hält nun V. für berechtigt, und er glaubt auf beiden Wegen zu demselben Ziele gelangen zu können.

Den vernünftigen Grund der Eintheilung sucht V. mit Hilfe der Rechtsvergleichung zu ermitteln (S. 130 ff.). Jedes positive Recht habe auf einer gewissen Entwickelungsstufe neben wissenschaftlichen Eintheilungen der Sachen eine oberste, welche nicht gemacht, sondern spontan entstanden sei und auf die ältesten Zeiten zurückgehe; so finde sich bei den Attikern der Gegensatz von sichtbarem und unsichtbarem Vermögen, bei den Germanen und Slaven die Eintheilung in Mobilien und Immobilien und in England und Schottland die Classification von Erb- und persönlichem Gut. Verschieden in ihren Objecten und ihren Rechtswirkungen, hätten doch alle diese Unterscheidungen mannigfache

analoge Elemente, welche auf ein sie alle beherrschendes gemeinsames Princip schliessen liessen. Dieses sei dahin zu formuliren: im Eigenthum stecke ein doppeltes Element, ein sociales und ein individuelles; darnach höben sich zwei Classen von Objecten ab, jenachdem für sie das Interesse eines socialen Ganzen (Gemeinde, Familie, Staat) oder des Individuums vorherrsche. In Rom verkörpere sich jenes doppelte Eigenthumselement in dem Gegensatze der res m. und nec m.; denn eine andere oberste und urwüchsige Eintheilung der Sachen hätten die Römer nicht. Insbesondere stelle sich die Eintheilung in Mobilien und Immobilien, im alten römischen Rechte von geringer Bedeutung, als ein spätes Erzeugniss der Wissenschaft dar, was die zeitliche Reihenfolge der Terminologie (ursprünglich nur fundus, später daneben aedes, dann res soli u. dgl., endlich res immobiles) bestätige. Somit sei die Eintheilung in res m. und nec m. eine in ihren Aeusserlichkeiten und insbesondere in ihrer Abgrenzung zwar zufällige, aber ihrem innersten Wesen nach nothwendige und weltgeschichtliche Erscheinung. —

Ich kann mich mit der rechtsvergleichenden Studie des V. und ihrem Ergebniss nicht befreunden. Ist es schon zweifelhaft, ob die verschiedenartigen Eintheilungen der Sachen bei den aufgeführten Volksstämmen gemeinsame Grundzüge erkennen lassen, aus denen das aufgestellte Princip abzuleiten wäre, so ist es doch mehr als gewagt, das so gewonnene „Gesetz“ nun auch ohne weiteres auf die ganz eigenartige römische Unterscheidung zu übertragen. Und wozu dies alles, wenn V. das „rationelle Kriterium“ derselben schliesslich durch die Bemerkung erläutert, dass die res m. wegen ihres ursprünglichen Zusammenhanges mit dem Ackerbau eine sociale Bedeutung gehabt hätten? Das ist zwar nichts neues, aber ebenso verständlich wie wahrscheinlich. Immerhin überschätzt V., unter dem Einflusse des Ergebnisses seiner Rechtsvergleichung, diese sociale Bedeutung der res m.: das beweist die folgende, der zweiten der obengenannten Richtungen in der Litteratur Rechnung tragende Untersuchung, in welcher er aus den rechtlichen Eigenthümlichkeiten und Beziehungen der res m. die socialen Interessen, die sich in geschichtlicher Zeit mit ihnen verbunden hätten, ableitet und die Art ihrer Mitwirkung näher bestimmt.

Auf diese Weise sucht V. zunächst den Gegensatz der derivativen Eigenthumserwerbsarten zu verwerthen. Es stünden sich gegenüber die traditio für die res nec m. und die mancipatio und in iure cessio für die res m. Die traditio beherrsche der Wille des Veräusserers, bei den letzteren Rechtsgeschäften trete dieser ganz zurück; das Wesentliche sei hier vielmehr die energische Eigenthumsbehauptung des Erwerbers, und diese setze in ihrer Uebereinstimmung mit der Vindicationsformel die Möglichkeit eines Streites voraus. Als Gegner träte auf nicht etwa der Veräusserer, welcher ja mit der Eigenthumsübertragung einverstanden sei, sondern der Prätor oder die Zeugen, beide als Vertreter des Volkes. Ein solcher Streit erhöbe sich z. B., wenn der Erwerber ein Nichtrömer sei. „Die mancipatio und die in iure cessio sind Formen, angeordnet im Interesse der socialen Gruppe und zum

Schutze ihrer Rechte, und sie beschränken als solche den freien Willen des Eigenthümers.“ Aber noch von einer anderen Seite liefere insbesondere die mancipatio, welche, älter als die in iure cessio, der latinischen Zeit angehöre, den Beweis eines Schutzes socialer Interessen. Sie sei als ursprünglich reeller Kauf ein oneroses Rechtsgeschäft, und indem die Sitte dem Hausherrn gestattet habe, die an die Familie gefesselten res m. zu veräussern, sei ihm zugleich mit dem Erforderniss der mancipatio die Pflicht auferlegt, nur gegen Entgelt zu veräussern. — Nach dem V. hätte also der sociale Organismus an den res m. verschiedenartige Interessen: einmal an ihrer Erhaltung im Staatsgebiet und sodann an ihrer Erhaltung in den einzelnen Familienverbänden. Allein die Argumentation des V. richtet sich, von allem andern abgesehen, selbst. Der Peregrine kann an res m. ebensowenig wie an res nec m. quiritisches Eigenthum erwerben, und auf den Erwerbsact kommt daher nichts an; dass er aber res m. überhaupt nicht, auch nicht mittels traditio, von Römern erwerben kann, behauptet V. selbst nicht und kann auch schlechterdings nicht behauptet werden (vgl. Mommsen, Röm. Gesch. I Cap. XIII). Dass sodann die mancipatio das Familienvermögen vor Verminderung bewahren sollte, insofern sie demselben stets andere Werthe zuführe, wird durch die Erwägung widerlegt, dass das Entgelt für die res m. auch in res nec m. bestehen kann, dass über diese aber der Hausherr, auch nach dem V., frei verfügt. Der Beweis, dass bei den civilen Eigenthumserwerbsarten öffentliche Interessen mitspielen, ist hiernach dem V. nicht gelungen, sein rationelles Kriterium hat auf diesem Felde die Probe nicht bestanden.

Den im Vorstehenden begonnenen Versuch, die sociale Bedeutung der res m. aus dem doppelten Gesichtspunkte des Interesses sowohl des Staates, als auch der Familie an ihnen zu entwickeln, setzt V. im Folgenden fort, indem er den ursprünglichen Begriff und den Rechtsschutz des Eigenthums, die Stellung der res m. im Familienrecht, ihren Zusammenhang mit dem Census und endlich ihre Bedeutung im Erbrecht beleuchtet. Seine Ergebnisse sind kurz folgende. Das Interesse des Staates an den res m. offenbare sich einmal darin, dass sie allein die anfänglichen res censui censendo seien, und zum zweiten in dem kräftigeren Rechtsschutze, dessen sie sich als die einzigen Gegenstände des dominium ex iure Quir. in der rei vindicatio erfreut hätten (ersteres nach Mommsen, letzteres nach Jhering). Das Interesse der Familie sodann zeige sich in den positiven Rechtssätzen, welche die Frauen infolge der tutela agnatorum in der freien Veräusserung der res m. beschränkten und sie von der Erbfolge in solche bei Vorhandensein männlicher Agnaten ausschlössen, und es erkläre sich daraus, dass die res m. ursprünglich das Familienvermögen dargestellt hätten: dafür lägen mannigfache Anhaltspunkte vor, und vor allem weise darauf der Ausdruck familia pecuniaque hin, eine Unterscheidung, welche sich mit der unsrigen decke. — Die Ausführungen des V. haben mich nicht davon überzeugt, dass das Staatsinteresse in irgend einer Weise die Unterscheidung beeinflusst habe. Eine stricte Beweisführung in einer so

schwierigen Frage wird niemand von ihm erwarten, und über die Unzulänglichkeit der eigenen ist er sich selbst nicht im Unklaren. Aber ist es überhaupt glaubhaft, das jemals der römische Staat nur an den res m. ein dominium ex iure Quir. anerkannt und nur für sie die vindicatio gegeben hätte? Wie wäre das zweifellos vorhandene und vom V. auch nicht bestrittene Eigenthum, das meum esse eines Römers an einer res nec m. anders zu charakterisiren, denn als Eigenthum nach römischem Civilrecht, d. h. als ein meum esse oder dominium ex iure civili s. Quir.? Es bedarf kaum der Berufung auf Gaius II, 40: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. Auf besseren Grundlagen beruht das vom V. vermuthete Familieneigenthum; hat es je bestanden, so dürfte es sich an den res m. am längsten erhalten haben. Wirklich scheinen einige Spuren darauf hinzudeuten, und V. hat denn auch die bekannten Erscheinungen, welche bisher als Stützpunkte für die von ihm vertretene Meinung dienten, von neuem zusammengestellt. Dagegen lässt sich um so weniger etwas sagen, als er selbst durchschlagende Beweiskraft ihnen durchaus nicht zuschreibt. Mit seinem nüchternen Urtheile (S. 263), dass man auf Grund des bisherigen und etwa noch neu zu beschaffenden vereinzelten Materials über blosse Vermuthungen schwerlich hinauskommen werde, erklären wir uns gern einverstanden. Da nun aber V. gerade in dem ursprünglichen Familieneigenthum die Wurzeln der Unterscheidung sucht, so gilt es für ihn, die Frage nicht mehr als eine in sich abgeschlossene zu behandeln, sondern sie aus einem erweiterten Gesichtspunkte zu lösen.

In der folgenden Untersuchung liegt also der Schwerpunkt der Arbeit des V. Gelingt es ihm hier nicht, einigermassen gesicherte und befriedigende Ergebnisse zu liefern, so wird sein Versuch, das Problem zu lösen, als gescheitert betrachtet werden müssen. Da erregt es nun von Anfang an Bedenken, dass V. von dem mit Hilfe der Rechtsvergleichung gewonnenen „rationellen Kriterium“ der Unterscheidung, d. h. von dem nach seiner Meinung feststehenden Gesetze ausgeht, dass im Wesen des Eigenthums allenthalben ein innerer Streit zweier Willen, des socialen und des individuellen, begründet sei, welcher sich in einer allgemeinen Eintheilung der Eigenthumsobjecte äussere. Darnach ergiebt sich ihm für die gegenwärtige Untersuchung die Fragestellung: „zu welcher Zeit und in welcher Gestalt stellte sich der dauernde Gegensatz der beiden Eigenthumselemente zum ersten Male bei den römischen und vorrömischen Stämmen in dem Gegensatze der res m. und nec m. fest?“ (S. 264). Weiteren Bedenken unterliegt die Behandlung dieser Frage seitens des V. Ihre Beantwortung setzt nach ihm, und das ist unbestreitbar, die Kenntniss der Gesellschaftsordnung und des Eigenthumsbegriffes in der Ur- und Vorzeit Roms voraus, und da die positiven Berichte darüber ebenso ungenügend wie zweifelhaft seien, was ebenfalls nicht zu leugnen ist, so sieht sich V. auch hier wieder auf die Aushilfe der Rechtsvergleichung angewiesen. In Summa: V. will das ganze Problem vermittelst der Rechts-

vergleichung als „einer wahren und eigentlichen geschichtlichen Methode" lösen.

Nun ist aber die Mangelhaftigkeit und Unzuverlässigkeit dieser Methode zu bekannt, als dass es nöthig wäre, die Gründe hierfür von neuem aufzuzählen. Dass sie insbesondere der Willkür zugänglich ist, zeigt auch die Art, wie sie V. handhabt. Er hält sich nicht an die Resultate der bisherigen Forschungen, sondern bekämpft fast auf Schritt und Tritt die „herrschende Meinung" und baut sich auf eigene Faust ein System auf, welches dann leicht die Grundlage für diejenigen Schlüsse bietet, auf die V. abzielt. Seine Aufstellungen haben hiernach überall nur den Werth subjectiver Ansichten, und dies gilt insbesondere von der Entwickelungsgeschichte, welche V. von der socialen Organisation und den Eigenthumsverhältnissen in Latium und im alten Rom entrollt: eine natürliche Folge des Mangels sicherer Ueberlieferungen und der Methode des V. zugleich. Es erübrigt daher, mit dem V. über die Haltbarkeit oder Unhaltbarkeit seiner Ansichten zu rechten; den Anspruch auf historische Wahrheit würden auch unsere Auffassungen nicht erheben können; und ich beschränke mich darauf, den Entwurf seiner Entwickelungsgeschichte folgen zu lassen.

Die ursprüngliche Verfassung Roms sei die Gentilverfassung. Die gens als Vorläuferin der civitas Romana sei ein rein nationalpolitischer Verband, während den primitiven Familienverband die Agnatenfamilie darstelle, welche ihrerseits auch wieder ein politisches Ganzes sei. Im Collectiveigenthum der gens habe das Weideland gestanden, das Eigenthum am Ackerland und den mit dem Ackerbau zusammenhängenden Gegenständen habe der Agnatenfamilie zugestanden, die übrigen Objecte wären Eigenthum des Einzelnen, gleichviel ob Vater oder Sohn, gewesen. Die res m. seien auf dieser Stufe entweder überhaupt unveräusserlich gewesen, oder zwar veräusserlich, aber nur mit Zustimmung der ganzen Agnatengruppe und zugleich unter Ueberwachung und Gewähr der höheren Gruppe der gens. — Die weitere Entwickelung in Rom habe infolge des Zusammenschlusses der kleineren civitates, d. i. der romulischen tribus, zur civitas Romana geführt, und diese zeige von Anfang an das Bestreben, die untergeordneten politischen Verbände, gens und agnatio, zu vernichten. Sie habe ihr Ziel erreicht durch Anerkennung und Stärkung der familia i. e. S., d. h. des unter einem (lebenden) pater fam. stehenden Familienkreises. Die Folge der Auflösung der Agnatenfamilie sei die Theilung ihres Vermögens gewesen: die res m. seien nunmehr gemeinsames Vermögen der einzelnen familia geworden. Dieses neuere Familienvermögen habe aber nur nach den mores, nach den Gesetzen der Familie bestanden, nicht nach ius civile. Denn indem die civitas die Familie sich selbst überlassen, diese aber kraft ihrer Autonomie den pater fam. zu ihrem Vertreter gemacht hätte, wäre der letztere der civitas gegenüber der Souverain der Familie gewesen. Bei dieser Sachlage hätte sich das Recht des pater fam. am Familienvermögen zu einem unumschränkten eigenen entwickeln müssen, und dementsprechend habe man im peculium der Haussöhne nur eine

concessio seitens des pater fam. erblickt. Das freie Testirrecht desselben insbesondere hätten die XII Tafeln anerkannt: es sollte die Willkür des pater fam. begünstigt werden, aber nicht zum Schaden seiner Hauskinder, sondern nur zum Schaden der gentilicischen und agnatischen Gruppen. Das Testament erkenne gerade die Familiengemeinschaft an, indem es dem pater fam. die Möglichkeit gewähre, für seine emancipirten Söhne und verheiratheten Töchter in manu eines anderen zu sorgen. —

Unser Schlussurtheil kann nach allem nicht wohl anders lauten, als dass es dem V. trotz seines redlichen Strebens und trotz aller aufgewandten Mühe nicht gelungen sein dürfte, die dunkle Frage nach dem Grund und Ursprung der Unterscheidung von res m. und nec m. zum Abschluss zu bringen oder auch nur wesentlich zu fördern.

Berlin, im December 1890. Hugo Krüger.

Brezzo Dott. Camillo, L'utilis actio del diritto romano. — Rei vindicatio utilis. — Estensione utile dell' azione di rivendica di fronte al Cod. civ. it. Torino, fratelli Bocca, 1889. 245 Seiten.

Das Hauptthema des V. ist die vind. utilis in den bekannnten zehn besonderen Fällen des römischen Rechts.

Er nennt sie, nach dem Vorgange fast aller bisherigen Bearbeiter derselben, im Haupttitel: rei vind. utilis; indessen ist diese Terminologie nicht quellenmässig. Römisch, wenn auch nicht classisch, ist der Ausdruck: utilis vind.; er findet sich meines Wissens zuerst bei Philippus Arabs in L. 8 C. 3, 32 und nach ihm nur noch bei Valerian in L. 1 C. 8, 54 (55). Sicher verwenden ihn die classischen Juristen nie (nach Ausweis des Index zu den Quellen des classischen Rechts); sie sprechen immer nur von der utilis in rem actio (Varus und Nerva bei Ulp. L. 5 § 3 D. 6, 1; Paul.[1]) L. 55 D. 24, 1), kürzer von utilis actio (Gaius II, 78 [= § 34 I. 2, 1]; L. 9, § 2 D. 41, 1; L. 30 D. 24, 1) oder in rem actio (Ulp. L. 29 D. 39, 6) oder endlich auch bloss von actio (Ulp. L. 41 D. 41, 1), und nur einmal (L. 2 D. 26, 9) beschreibt sie Ulpian näher als eine utilis actio ad rem vindicandam. Diesen classischen Sprachgebrauch ziehen auch die Byzantiner vor: so z. B. Theophilus zu § 34 I. 2, 1 und Justinian in L. 15 C. 5, 3 (in L. 2 C. Th. 3, 5 fehlt die Bezeichnung der actio), L. 30 C. 5, 12 und L. 1 § 5a C. 5, 13, dazu vielleicht noch in L. 55 D. 24, 1 cit. Immerhin mag

---

[1]) Wofern man nicht lieber gerade den Schlusssatz der Stelle für interpolirt erachtet.

man heute der Kürze und des leichteren Verständnisses wegen die Klage mit dem nachclassischen Namen vind. utilis nennen; aber ihre Bezeichnung als **rei** vind. utilis dürfte um so mehr zu vermeiden sein, als sie leicht dazu verleiten könnte, die Klage mehr, als es angängig ist, der rei vind. zu nähern, und dass dies gerade V. im weitesten Masse thut, sei im Anschluss hieran sogleich bemerkt.

Die Eintheilung der Arbeit anlangend, so behandelt V. das Thema in einem analytischen und einem synthetischen Theil. Im ersteren sucht er das Wesen der vind. utilis dadurch zu ergründen, dass er zunächst den Begriff der actio und darnach das Wesen der utiles actiones überhaupt untersucht; angeschlossen ist ihm eine eingehende Besprechung und Würdigung der in der bisherigen Litteratur vertretenen Ansichten und namentlich der Theorien von Jhering, Kindervater, Schulin und Appleton. Im synthetischen Theil geht V. die zehn eigenartigen Fälle der vind. utilis einzeln durch, indem er die Quellentexte an der Hand der Litteratur interpretirt und für jeden Fall den Zusammenhang mit dem römischen Klagensystem feststellt. Den Schluss der Arbeit bildet die Frage nach der heutigen Anwendbarkeit der vind. utilis, einschliesslich der Publiciana und der Pauliana, insbesondere nach italienischem Recht. — Jenen Abschnitt des ersten Theils, welcher sich mit Bedeutung und Arten der actiones utiles im allgemeinen beschäftigt, sowie das Schlusswort hat V. beliebt, im Titel vor und nach dem Haupttitel besonders anzukündigen, ihnen so eine selbständige Bedeutung beimessend.

Der Inhalt des analytischen Theils ist kurz folgender. Nachdem V. in der Einleitung den doch wohl veralteten Satz, dass die praetorische actio ein materielles Recht voraussetze, welches im ius aequum begründet sei, wieder aufgenommen hat, legt er seine Ansichten über dieses ius aequum und insbesondere über die prätorische aequitas dar und verbreitet sich dann über die bekannten, theils auf dem imperium, theils auf der iurisdictio beruhenden Rechtsmittel des Prätors, sie classenweise aufzählend. Damit ist er denn bei den utiles actiones angelangt; er unterscheidet hinsichtlich des Ausdruckes eine technische und untechnische Bedeutung und dann wieder eine technische im weiteren und im engeren Sinne und vertheilt auf diese Arten und Unterarten die einzelnen Gruppen von utiles actiones. — Aus diesen sehr ausführlichen Betrachtungen ist hier nur die eine Behauptung hervorzuheben, dass alle utiles actiones in ius concipirt gewesen seien (S. 41 Text zu N. 2); gewissermassen vorbereitet auf dieselbe hat V. mit der vorher öfters geäusserten Bemerkung, dass die Fiction das gebräuchlichste Mittel des Prätors gewesen sei, neue Actionen zu schaffen, aber ihre Begründung hat er nicht versucht. —

Zu den vind. utiles übergehend, gruppirt V. in Fortsetzung seiner Analyse zunächst wieder die einzelnen Arten nach gewissen Gesichtspunkten: es erscheinen hier die Publiciana und Pauliana, die actio vectigalis und die Klage des Superficiars und endlich die den eigentlichen Gegenstand seiner Untersuchung bildenden zehn singulären

Fälle. Der herkömmliche Catalog der letzteren hätte übrigens durch den bei Lenel ed. perp. S. 146 genannten Fall der L. 41 D. 41, 1 (mit L. 23 D. 44, 1) vervollständigt werden können[1]).

Jene ganze Classeneintheilung des V. ist für den Zweck seiner Untersuchung unwesentlich; denn er fasst alle vind. utiles ohne Ausnahme als actiones ficticiae auf, was wir unmittelbar darauf erfahren. Es ist diese Anschauung des V. nur eine Folge seiner obenerwähnten, für die actiones utiles überhaupt aufgestellten gleichen Behauptung, und hiernach hält er sie einer besonderen Begründung nicht für bedürftig. Ist aber für sie im Bisherigen überhaupt kein Beweis erbracht, so offenbart sich die vermeintliche Analyse des V. durchweg als blosse petitio principii.

Eine wirkliche Analyse hätte m. E. nach dieser Richtung hin nichts weiter als die hinlänglich bekannte Thatsache (vgl. im allgemeinen Lenel ed. perp. S. 159 ff.) ergeben, dass, welches auch die technische Bedeutung von utilis actio bei den Römern gewesen wäre, sowohl actiones ficticiae, als auch actiones in factum conceptae in den Quellen als utiles bezeichnet werden; so ist z. B. die Conception in factum für die „utilis" actio des Superficiars so gut wie quellenmässig bezeugt (vgl. neuestens Adolf Schmidt in dieser Zeitschrift Bd. 11 S. 150) und für die actio vectigalis nicht minder wahrscheinlich. Es wäre daher die Aufgabe des V. im synthetischen Theile gewesen, jeden einzelnen der zehn Fälle auf die passende Formelfassung hin sorgfältig zu prüfen, und zu einer solchen Untersuchung hätte ihn gerade die ihm nicht unbekannte Bemerkung Lenels (ed. perp. S. 146. 147) anregen müssen, dass in manchen Fällen der vind. utilis die Annahme einer formula in factum concepta „ganz unvermeidlich ist".

Anstatt dessen beschränkt sich V. bei seiner vorgefassten Meinung im synthetischen Theil darauf, die Fictionen in jedem einzelnen Fall zu formuliren, und er glaubt sie mit Leichtigkeit dadurch reconstruiren zu können, dass er aus dem jeweiligen Quellentexte die ihm passend erscheinenden Worte herausgreift, ohne sonderlich die Sachlichkeit der so gewonnenen Fictionen zu prüfen: ein Verfahren, bei dem V. denn auch grösstentheils nicht glücklich gewesen ist.

In Wahrheit eignen sich für ficticische Fassung der Formeln nur die beiden Fälle der L. 5 § 3 D. 6, 1 und der L. 9 § 2 D. 41, 1 (mit Gaius II, 78 und § 34 I. 2, 1), und hier weisen auch die Quellen fast unverkennbar auf eine solche hin. Denn in L. 9 § 2 D. cit. wird gegensätzlich zur actio utilis die „recta vindicatio" im Sinne der directa, vielleicht auch an Stelle einer ursprünglichen directa vind. ge-

[1]) Dagegen vermisst Ferrini in seiner kurzen Besprechung des Brezzoschen Buches (Rivista Italiana Bd. IX (1890) S. 105) zu Unrecht die actio utilis ad exemplum vindicationis des Legatars gemäss dem sc. Neronianum, die sich wohl aus fr. Vat. 85 ergeben soll. Denn diese Klage stützt sich zwar materiell auf das für das Vindicationslegat geltende Accrescenzrecht, kann aber formell in Gemässheit des genannten Senatsschlusses nur die actio legati per damnationem sein.

nannt, und in L. 5 § 3 D. cit. ist der Schlusssatz: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet“ (sc. arbor) im Sinne seiner Urheber, des Varus und Nerva, als Begründung für die Richtigkeit der gedachten, vielleicht auch von Tribonian nur gestrichenen Fiction: si non coaluisset (cum fundo N^i N^i) aufzufassen. Offenbar gerade wegen seiner Quellenmässigkeit erwähnt auch Lenel ed. perp. S. 146 diesen Wortlaut; V. aber entnimmt seine abweichende, freilich nicht unmögliche Formulirung den nur zur Erklärung des coaluit beigefügten Worten: et radices immisit.

In allen übrigen Fällen erscheint die Annahme einer actio in factum concepta, aus inneren wie äusseren Gründen, in der That unumgänglich. Hat V. die Möglichkeit solcher Gründe nicht genügend erwogen, so hat ihn auf der anderen Seite das gekennzeichnete äusserliche Verfahren bisweilen zu geradezu unmöglichen Fictionen geführt. Von den letzteren zwei Beispiele. Nach L. 29 § 1, L. 30 D. 24, 1 hat der Ehemann die utilis vind. auf das Kleid, welches die Frau aus der ihr vom Manne geschenkten Wolle gefertigt hat; V. will hier fingiren: si „ex ea lana“ nova species facta non esset. Aber dabei wird gerade die vestis, d. i. das Vindicationsobject, nicht nur nicht genannt, sondern obenein ganz hinwegfingirt. Die Fiction müsste lauten: si quam vestem N^a N^a ex lana ab A^o A^o marito donata sibi confecit, A^s A^s ipse (oder auch nach L. 31 pr. § 1 D. ibid.: N^a N^a A^i A^i nomine) confecisset. — Sodann formulirt V. im Falle der L. 2 D. 26, 9 unter Benutzung des Wortlautes der Stelle die Fiction dahin: si tutor fundum in nomen pupilli emisset, wobei er ganz richtig an die Mancipation denkt. Die Stelle selbst setzt nun wahrscheinlich den Fall, dass der Vormund formell in eigenem Namen, aber in materieller Vertretung des Mündels sich mancipiren liess (vgl. die parallele L. 9 pr. D. 26, 7); es ist aber, nach anderen Stellen, auch denkbar, dass der Vormund in eigenem Namen und in eigenem Interesse gehandelt hat. In beiden Fällen müsste man, um eine genügende Grundlage für die intentio zu schaffen, die Fiction darauf abstellen, dass der Vormund jedenfalls formell im Namen des Pupills die Mancipation vorgenommen hätte, und so denkt sie sich zweifellos der V.; sie ist aber von vornherein unmöglich, weil es eine mancipatio mit der nuncupatio: rem Titii esse schlechterdings nicht giebt.

Aber ganz abgesehen von der Frage, wie die Fictionen in den einzelnen Fällen zu bilden wären, steht der Annahme einer actio ficticia in allen acht Fällen — wenn wir auch die nachclassischen vom Standpunkte des classischen Rechtes betrachten — ein gewichtiger innerer Grund entgegen. Die intentio dieser Klage formulirt V. richtig: tum si ea res A^i A^i ex iure Quir. esse oporteret, und ganz folgerecht legt er dem Kläger ausser dem Beweise des zu Grunde gelegten Thatbestandes noch den weiteren auf, dass er civiler Eigenthümer geworden wäre, wenn die fingirte Thatsache auf Wahrheit beruhte, d. h. dass der nach dem Thatbestand erste Erwerber der vindicirten Sache civiler Eigenthümer gegenwärtig (als Beklagter) sei oder (wenn ein Dritter

belangt wird) gewesen sei. Allein mit dieser Beweislast wird dem Kläger mehr zugemuthet, als er mit der vind. utilis erreichen will. Er will vom Beklagten unter allen Umständen Herausgabe der Sache, mag nun Beklagter, bez. der erste Erwerber wirklich Eigenthümer geworden sein oder nicht; gegebenenfalls verlangt er noch mehr, nämlich Eigenthumsübertragung, insbesondere Mancipation, und dann greift das officium iudicis ein; aber das mindeste, was er verlangt, und was er immer verlangt, ist Herausgabe der Sache. Er will die Sache in derselben Weise besitzen, wie der erste Erwerber, und diesem Begehren giebt die vind. utilis Folge: es soll der Zustand verwirklicht werden, der eingetreten wäre, wenn der Kläger in derselben Weise in den Besitz der Sache gelangt wäre, wie es in Wahrheit der erste Erwerber ist, soweit dies mit processualen Mitteln zu erreichen ist. Der Vormund z. B., welcher eine Sache mit Mündelgeldern in eigenem Namen gekauft hat, soll sie lediglich auf Grund dieses Thatbestandes dem Pupillen herausgeben, gleichviel also ob der Vormund durch den Kauf Eigenthümer geworden ist, bez. der Pupill es geworden wäre, oder nicht. Genau dasselbe ergiebt eine Durchsicht der übrigen Fälle.

Mit jener nothwendigen Beweislast würde also die ficticische formula zum Nachtheil des Klägers die vind. utilis an eine ihrem Grundgedanken ganz fremde Voraussetzung anknüpfen, und dies genügt, die erstere fallen zu lassen. Eine formula in factum concepta ist dagegen ganz am Platze, und es bleibe nicht unerwähnt, dass sie sich zugleich durch die Leichtigkeit ihrer Fassung empfiehlt, während die ficticische Formulirung in manchen Fällen, namentlich in dem eigenthümlich liegenden des Pupills, ebenso mühsam wäre, wie sie gekünstelt und schwerfällig ausfiele.

Endlich hätte den V. der Versuch, die mannigfachsten Thatbestände zum Gegenstand von Fictionen zu machen, zu der naheliegenden Vorfrage führen müssen, welche Thatbestände der Prätor als bestehend oder nicht bestehend zu fingiren pflegte. Die uns überlieferten Fictionen lassen sich in zwei Gruppen scheiden. Die eine setzt als Gegenstand der Fiction etwas Zuständliches, sei es eine rechtliche Eigenschaft der Parteien (z. B. si heres, si civis Romanus esset, si capite minutus non esset [Gaius IV, 34 ff.], si dediticiorum numero factus non esset [frag. de dedit.], si in civitate decessisset [lex Cornelia], si liber esset [s. Keller, Röm. Civilpr. N 350; Lenel ed. perp. S. 207 ff.] u. a. m.), sei es irgend einen factischen Zustand (z. B. si anno [non] possedisset, si non afuisset [Keller N. 345], si arbor non coaluisset, si tabula picta [eine bemalte] non esset u. a. m.). In der zweiten Gruppe wird ein ganzes Rechtsgeschäft der Parteien vollständig hinzu- oder hinwegfingirt: so die bei Gaius IV, 32 genannte formula ad legis actionis fictionem expressa für den publicanus: si pignus captum esset; so ferner die fictio einer stipulatio (fictio condictionis in diesem Sinne) in der lex Rubria c. 20 und nach L. 19 § 1 D. 1, 7 [Keller N. 344]; so endlich die actiones rescissa acceptilatione (L. 9 §§ 4. 6 D. 4, 2) oder

alienatione bez. mancipatione (L. 13 § 1 D. 4, 4; § 6 I. 4, 6; frag. de iure fisci 20 [Keller N. 345. 348; Lenel S. 90 f., S. 146, S. 352 f.]).

Die zweite Gruppe lehrt, dass die Fiction wohl nicht dazu benutzt wurde, Thatbestände, welche in Handlungen oder Rechtsgeschäften der Parteien bestehen, in irgend einer Weise umzugestalten, und es wäre daher Anstand zu nehmen, Fictionen, wie: si Nˢ Nˢ Aⁱ Aⁱ nomine emisset (so der V. für L. 2 D. 26, 9 und L. 55 D. 24, 1), oder: si Aˢ Aˢ ipse vestem confecisset (so im Sinne des V. für L. 30 D. 24, 1; s. oben), den Römern unterzulegen.

Aus alledem folgt, dass in den weitaus meisten Fällen der vind. utilis die Formel als in factum concipirt zu denken ist. Dies ergiebt sich noch insbesondere für die vom V. übergangene L. 41 D. 41, 1 daraus, dass die gleiche exceptio in L. 23 D. 44, 1 in factum genannt wird, und dasselbe lässt sich für die vind. utilis der L. 29 D. 39, 6 (Ulp. 17 ad edict.) daraus vermuthen, dass sie im Ulpianischen Edictscommentar in der Nachbarschaft der in factum zu concipirenden Vindicationen der praedia stipendiaria vel tributoria und des ager vectigalis steht; vielleicht, das Ulpian hier im 17. Buche als Nachtrag zu der im 16. Buche behandelten rei vind. und Publiciana die in rem actiones in factum conceptae überhaupt besprach (s. die Stellen bei Lenel, Paling. fr. 581—589).

Gehen wir nunmehr zu der vom V. aufgestellten allgemeinen Theorie der vind. utilis über, so betont er zuvörderst mit Recht die prätorische iurisdictio als ihre Grundlage. Darin, dass er von hier aus die Theorie der vind. utilis zu entwickeln sucht, erblicke ich das Verdienst seiner Arbeit. Er erschliesst das Verständniss ihres Wesens und führt manche Einzelfrage ihrer Lösung entgegen; um so mehr ist es zu bedauern, dass er bei der Beantwortung der hauptsächlichsten Frage seinem Standpunkte untreu geworden ist.

Der Prätor gewährt nach dem V. eine utilis vind., wo es praktisches Bedürfniss und Billigkeit zu fordern scheinen; da hierüber sein freies Ermessen entscheidet, so ertheilt er m. a. W. die vind. utilis nur causa cognita. Daran kann in der That kein Zweifel sein gegenüber der Thatsache, dass die vind. utilis in erster Linie dazu berufen ist, das civile Eigenthum des Beklagten zu besiegen; liegt doch unter solchen Umständen in der datio actionis zugleich die denegatio der exceptio dominii (dazu jetzt Appleton, hist. de la propr. prét. Theil II unter: exc. justi dominii). Was alles der Prätor nun in seine cognitio hineinziehen, an welche Voraussetzungen er die Klagertheilung anknüpfen will, hängt in jedem einzelnen Falle von seinem Belieben ab, und so lassen sich denn von vornherein keine allgemeingiltigen Grundsätze für für die vind. utilis im ganzen aufstellen: sie ist kein einheitliches, in sich geschlossenes und festbegrenztes Rechtsinstitut, und als das einzige Princip, welches sie beherrscht, lässt sich eben nur die prätorische causae cognitio hinstellen. Dies der Grundgedanke des V., der vollen Beifall verdient. Er verwerthet denselben in doppelter Weise. Zunächst stellt er den Satz auf, dass zwar für die justinianische Codifi-

cation die Zahl unserer Vindicationsfälle eine geschlossene, daher eine analoge Ausdehnung nicht statthaft sei, dass dagegen vom Standpunkte des classischen Rechts die uns bezeugten Fälle der vind. utilis nicht nothwendig erschöpfend seien. Man wird hierin dem Verfasser gern beipflichten: zweifellos hatte der Prätor freie Hand, auch auf Grund anderer Thatbestände eine utilis vind. zu bewilligen. — Der zweite Punkt betrifft die eigentliche Cardinalfrage, ob die utilis vind. auch gegen dritte Besitzer oder gar Eigenthümer der Sache wirksam sei. V. will sie gegen untitulirte Besitzer geben und auch gegen titulirte Besitzer dann, wenn sie in male fide seien, d. h. in Kenntniss des Sachverhaltes die Sache vom ersten Erwerber erworben hätten; nur gegen gutgläubige titulirte Besitzer würde sie der Prätor nicht leicht bewilligt haben. Allein eine so stricte Antwort auf obige Frage scheint mir nicht räthlich. Gewiss kommt es ganz auf den cognoscirenden Prätor an, im einzelnen Falle die Richtung der vind. utilis zu bestimmen, und in dieser Beziehung wird man im allgemeinen, ganz im Sinne des V., auf die causae cognitio in dem analogen Falle der L. 13 § 1 D. 4, 4 verweisen können; darnach wäre es nicht ausgeschlossen, dass der Prätor auch einmal gegen gutgläubige dritte Erwerber der Sache die vind. utilis ertheilte, wenn etwa der erste Erwerber insolvent und daher eine persönliche Klage gegen diesen erfolglos wäre. Aber im einzelnen ist doch wohl von der feststehenden Thatsache auszugehen, dass die Quellen regelmässig den ersten Erwerber als den Beklagten setzen. Ist auch daraus eine grundsätzliche Beschränkung der vind. utilis überhaupt nicht nothwendig abzuleiten, so empfiehlt es sich doch, von einer Ausdehnung der vind. utilis in den betreffenden Fällen selbst mangels eines jeden positiven Anhaltspunktes abzusehen. Wenn überdies, wie ich glaube, die vind. utilis in ihrer ursprünglichen Anwendung nur die Form für die Durchsetzung eines obligatorischen Anspruches gewesen ist, für den die Gewährung einer persönlichen Klage, insbesondere der condictio, nicht thunlich war, so liegt auch hierin ein hinreichender Grund für die Annahme der obigen Beschränkung. Immerhin mag der Prätor in denjenigen Fällen, in denen das Mass nicht durch diesen Zweck der vind. utilis vorgezeichnet war, bisweilen weiter gegangen sein; da hierfür eine feste Grenzlinie nicht gezogen werden kann, so wird man eine umfassendere dingliche Wirkung der Klage nur da befürworten können, wo es, wie im Falle der L. 2 D. 26, 9, die allgemeine Fassung des Zeugnisses ermöglicht oder nahe legt. —

Hat V. ganz richtig die formelle Grundlage der vind. utilis in der prätorischen iurisdictio erkannt, so nimmt es Wunder, wenn er ihre materielle Grundlage nicht, wie natürlich, in den einzelnen Thatbeständen selbst sucht, sondern in einem materiellen Rechte des Klägers und nun gar in dessen civilem Eigenthume! Er sagt nämlich S. 209: „Die einmal vom Prätor bewilligte vind. utilis gründet sich auf „wahres" Eigenthum, sobald der Kläger sie vor dem iudex anstellt, weil er vor diesem unter der gegebenen Fiction den Beweis seines Eigenthums auch

nach ius civile wirksam erbringt." Es ist nicht ersichtlich, ob dieser Ausspruch eine Nutzanwendung des in der Einleitung aufgestellten Satzes sein soll, dass die praetorische actio, wie jede Klage, ein materielles Recht des Klägers voraussetze; denn nach des V. eigener Darstellung setzt ja nicht die vind. utilis als virtuelles Klagrecht das civile Eigenthum voraus, sondern wird umgekehrt das letztere durch die bereits vorm Richter erhobene Klage bedingt. Aber gleichviel, die obige Construction des V. ist verfehlt: keine praetorische Formel schafft civiles Recht, und ebensowenig kann die Fiction, schon als Formelbestandtheil, aber auch für sich betrachtet, diese Wirkung haben; denn natürlich macht sie nicht wahr, sondern nimmt sie nur für wahr. Eben darum ist Kläger als anerkannter Nichteigenthümer gar nicht in der Lage, civiles Eigenthum zu erweisen. Es ist schwer verständlich, wie V. diese elementaren Wahrheiten übersehen konnte.

Jene Vorstellung von der materiellen Grundlage der vind. utilis hat für den V. eine praktische Seite: augenscheinlich spricht er dem Kläger das civile Eigenthum an der ihm auf Grund des Richterspruches herausgegebenen Sache zu. Damit reimt sich vollkommen seine Behauptung, dass zwischen der vind. directa und utilis im classischen Rechte nur in der Formelfassung und im justinianischen Rechte überhaupt kein Unterschied bestehe; letzteres soll aus der gelegentlich für die actio neg. gest. hingeworfenen Aeusserung Justinians in L. 46 (47) § 1 D. 3, 5 hervorgehen. Aber auch hier trifft in Ansehung des classischen Rechts das bereits oben Gesagte zu. Mag die vind. utilis als ficticische in ius oder mag sie in factum concipirt sein, in keinem Falle kann der iudex auf Grund der prätorischen formula pronuntiiren: rem ex iure Quir. A^i A^i esse videtur; er kann es nicht, selbst wenn Beklagter der gegenwärtige civile Eigenthümer ist, aber noch viel weniger, wenn Beklagter es nicht ist. Wohl ist es möglich, dass der iudex ex arbitratu suo dem Beklagten die Mancipation der Sache an den Kläger auferlegt, und letzterer wird quiritischer Eigenthümer, wenn Beklagter es war; dann aber wird Kläger quiritischer Eigenthümer nicht auf Grund des richterlichen Urtheils, sondern auf Grund der Mancipation. Giebt dagegen Beklagter dem Kläger die Sache einfach heraus, so erlangt letzterer nie Eigenthum, sondern im günstigsten Falle, wenn man nämlich im richterlichen Urtheil einen Ersitzungstitel erblickt, nur Ersitzungsbesitz. Für das justinianische Recht sodann mag V. Recht haben. Zwar ist auch hier die vind. utilis nicht schlechthin mit der rei vind. verschmolzen; denn unzweifelhaft ist Kläger vor Herausgabe der Sache Nichteigenthümer, und er hat daher in der vind. utilis nur ein dinglich geartetes Recht auf Herausgabe bez. Uebereignung der Sache. Aber das so verwirklichte dingliche Recht dürfte in der That das Eigenthum selbst sein; denn Justinian sagt in L. 14 § 1 D. 11, 7: dominium habet, qui auctore iudice comparavit. —

V. schliesst seine Theorie der vind. utilis mit der Aufzählung ihrer Vortheile gegenüber der condictio; damit ist aber das Verhältniss beider Klagen zu einander bei weitem nicht gebührend gewürdigt. Jene

Vortheile sind gering genug, als dass man sich bei dem Glauben beruhigen könnte, die vind. utilis wäre von Anfang an nur um dieser Vortheile willen eingeführt worden. Auf die richtige Erklärung hatte schon Jhering, Jahrb. für Dogm. I S. 171 hingewiesen, und es wäre ein dankenswerthes Unternehmen gewesen, wenn V., dieser Anregung folgend, der rechtsgeschichtlichen Seite der Frage seine Aufmerksamkeit zugewandt hätte. An Stoff für eine solche Untersuchung fehlt es nicht. Erst von der spätclassischen Zeit an finden wir condictio und vind. utilis neben einander genannt; Gaius und vor ihm Varus (?) und Nerva erwähnen erstere noch nicht, und Labeo scheint im Falle der L. 29 § 1 (mit L. 30) D. 24, 1 weder die eine noch die andere Klage zugelassen zu haben. Sodann sagt Paulus L. 35 § 3 D. 39, 6: nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, nämlich das mortis causa donatum bei Convalescenz des Schenkers: das sieht doch ganz so aus, als ob die Proculianer an der Statthaftigkeit der condictio in diesem Falle zum mindesten zweifelten und daher lieber zur vind. utilis (Ulp. L. 29 D. ibid.) griffen, wie es ja auch Nerva in einem anderen Falle gethan hatte. Diese wenigen Andeutungen mögen zum Beweise dafür genügen, dass die vind. utilis geschichtlich zu erklären ist; ihr Fortbestand in den einmal gegebenen Fällen ermöglichte zugleich ihre weitere Ausdehnung auch da, wo die condictio unzweifelhaft zuständig war.

Berlin, im November 1890. Hugo Krüger.

H. Fitting, Die Institutionenglosse des Gualcausus und die übrigen in der Handschrift 328 des Kölner Stadt-Archivs enthaltenen Erzeugnisse mittelalterlicher Rechtslitteratur als Entgegnung gegen Flach besprochen und neu herausgegeben. Berlin, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1891, IV und 140 S. 8°.

In der schon mehrfach benutzten, durch den Titel näher bezeichneten, frühestens aus dem Ende des 11. Jahrhunderts stammenden Kölner Handschrift hat Fitting einen höchst anregenden und bedeutsamen Fund, man darf wohl sagen eine Entdeckung gemacht. Ihrer Veröffentlichung und Verarbeitung ist das vorliegende Werk wesentlich gewidmet.

Das Kölner Manuscript beginnt mit den glossirten Institutionen. In dem stemma cognationum nun, welches dort f. 32[a] steht, anschliessend an § 9 Instit. de grad. cogn. III, 6, sind unter die Krone des Baumes, links und rechts vom Stamme, mit grüner Farbe folgende, bisher übersehene Verse gesetzt:

Sanguinis as metas, docuit quas nube repletas
Grecus conventus, sapiet romana iuventus.
Hinc Guualcausus ego nullius dicta timebo.

Die Verse stehen klar und deutlich so da, davon habe ich mich zum Ueberfluss durch Autopsie überzeugt; namentlich daran, dass der Name Guualcausus lautet und von Anfang an so lauten sollte, ist kein Zweifel möglich; dass aber diese Form nur eine andere Schreibart ist für die uns geläufigere 'Walcausus', ist selbstverständlich. Dieses ist die Thatsache; die Frage ist, was daraus zuerst für das Kölner Manuscript, sodann für die Rechtsgeschichte sich folgern lässt.

Genau dieselben Verse, nur mit den Worten 'ego doctus' an Stelle des Eigennamens, finden sich auch (S. 20) in der Londoner Handschrift des Liber Papiensis; Walcausus ist der Name eines hervorragenden Lombardisten, welchen Ficker als kaiserlichen Hofrichter in Urkunden von 1055—1077, ausserdem nochmals in einer Urkunde von 1079 nachgewiesen hat; dass derselbe Walcausus es ist, welchen unsere Hexameter nennen, dürfte hiermit feststehen. Damit sehen wir uns in lombardistische Kreise versetzt; geschrieben sein muss darnach das in allen Einzelheiten als aus einer organisirten Schreiberschule hervorgegangen sich charakterisirende Manuscript (S. 14) in Pavia; als lombardistisch hatte die Kölner Glossen zu den Institutionen und zu der auf dieselben folgenden Epitome Iuliani mit sicherem Takt an einer Reihe von Merkmalen schon Conrat (Gesch. des röm. Rechts im früheren Mittelalter I 339 f., 419 f.) erkannt. Diese Glossen stammen also aus lombardistischer Mitte und ihre Kölner Zusammenstellung frühestens aus der Zeit des Walcausus.

Diesen nimmt Fitting (S. 30) als den Urheber der Glossen mit Sicherheit in Anspruch, wenigstens für die bei weitem grösste, von der ältesten Hand, 1ª, herrührende Masse. Mir dagegen beginnen hier die Zweifel. Ich erkenne an, dass entweder die drei Verse von Walcausus, was wohl am nächsten liegt, verfasst sind; oder dass Walcausus sie sich, durch Einschiebung seines Namens in eine vorgefundene Vorlage, angeeignet hat; oder dass einer seiner Schüler, der doch wohl die Verhältnisse kennen musste, den Lehrer in diesen drei Versen redend eingeführt hat (S. 29), um etwas zu seinem Lobe auszusagen; jedenfalls also beziehen sich die Verse auf Walcausus, ihr Inhalt ist, im frühmittelalterlichen Sinne, echt. Ich erkenne ferner als höchst wahrscheinlich an, dass unter den die Kölner Institutionenglosse bildenden Stücken einige oder zahlreiche auf Walcausus zurückgehen mögen; welche und wie viele — das scheint mir noch ganz im Dunkeln zu liegen und wird, fürchte ich, auch im Dunkeln bleiben. Die sämmtlichen Beweise Fittings scheinen mir bei näherem Zusehen diese weitere Deutung zuzulassen. Walcausus hat sich, wie seine bezeichneten Glossen zum liber Papiensis bekanntlich ergiebig darthun, mit römischem Recht viel beschäftigt — so auch die übrigen späteren Lombardisten. Die Kölner Glosse stimmt in Sprache, Stil und Rechtsbehandlung mit den Bemerkungen zum liber Papiensis überein, das hatte schon Conrat fest-

gestellt; die Bearbeitung des Papiensis rührt wesentlich von Walcausus und seinen Schülern her; demgemäss stimmt die Kölner Glosse auch mit denjenigen Stücken des liber Papiensis überein, welche die Sigle des Walcausus ausdrücklich tragen, das zeigt Fitting (S. 31 f.) vortrefflich; — aber Fitting selbst muss zugeben, besonders schlagende Aehnlichkeiten gerade mit solchen Papienser Glossen gefunden zu haben, welche nicht bestimmt auf Walcausus zurückführbar sind, sondern bloss die Art seiner Schule haben. Damit kommen wir für die Masse der Kölner Glossen nicht über lombardistische Kreise seit Walcausus, unter oder nach seinem Schuleinfluss, hinaus. Ebensowenig mit den drei Versen über sie selbst. Welcher frühmittelalterliche Autor — lies Sammler — hätte sich je gescheut, seine Vorgänger, unter Belassung von Sigle oder Namen, direct redend einzuführen? Man nahm nach Gutdünken unverändert die Ausführung eines jeden, seine subjectivsten Ansichten oder Argumente, auf; dass die beigefügte Autorenbezeichnung gerade nur für den Satz galt, bei welchem sie stand, wusste jeder; unverschmolzen liess man so die einzelnen Bruchstücke, aus welchen man mit Draufgabe etwaiger eigener Bemerkungen einen Apparat oder dgl. zusammensetzte, nebeneinanderstehen. In Prosa so unbeholfene Arbeiter mochten sich erst recht hüten, Verse anzurühren. Ja, diese Verse, welche in der Londoner Handschrift wiederkehren, in unserer Handschrift zu dem ganzen Bilde des stemma in ihrer auffälligen Anordnung, Färbung und kaligraphischen Ausführung einen wesentlichen Zug beitragen, mögen geradezu ein festes Zubehör desselben bei den Lombardisten geworden sein, welches als solches verständnisslos von der einen Hand zu der anderen ging. Ob demnach der Zusammensteller der Kölner Institutionenglosse Walcausus selbst ist oder ein directer Schüler des Walcausus, oder ob ihm die Walcausischen Verse erst durch mehrfache Vermittelung zugegangen sind, muss meiner Ansicht nach dahingestellt bleiben.

Ebensowenig aber scheint mir aus den Versen nachweisbar, dass es sich um einen Lehrvortrag, um eine zu Pavia gehaltene Institutionenvorlesung handelt, wie Fitting dies gleichzeitig behauptet. Es mögen vielleicht Vorlesungen über römisches Recht, namentlich im Anschlusse an die Institutionen, zu Pavia stattgehabt haben. Vielleicht auch durch Walcausus; jedenfalls sind er und seine Schüler für ihre Zeit nicht üble Romanisten; dass aber die Verse, weil sie rühmen, der Jugend sei besseres Verständniss der römischen Verwandtschaftsgrade durch Gualcausus vermittelt, und weil Bücher damals sehr theuer waren, sich nur auf Vorlesungen des Gualcausus beziehen könnten, das dürfte doch ein sehr kühner Schluss sein. Es konnte doch wohl auch ein blosser Schriftsteller meinen oder dafür gelten, zur Belehrung der Jugend beizutragen; gerade an die iuventus zu denken, legen Namen und dem Mittelalter vertrauter Zweck der Institutionen nahe; so dass deshalb der Verfasser nicht eben Zuhörer vor sich gehabt zu haben oder gewesen zu sein braucht, ganz abgesehen davon, ob man sich für den Fall solcher Vorlesungen iuvenes als Zuhörer zu denken hätte. Viel-

mehr scheinen mir die Verse bloss zu besagen, dass Walcausus für das vom Institutionentext zu dieser Stelle geforderte, in den Institutionen-Handschriften bekanntlich nicht erhaltene stemma das vorliegende, nicht genuine, vielleicht aus dem Isidor entnommene, entweder zuerst eingesetzt oder zuerst einzusetzen geglaubt oder, wider besseres Wissen, zuerst einzusetzen sich gerühmt hat: Möglichkeiten, auf welche Fitting auffallender Weise gar nicht eingeht und die daher auch hier nicht weiter verfolgt werden können. Ob Walcausus diese Verse zuerst in einer Vorlesung gesprochen oder in stiller Kammer niedergeschrieben, oder ob einer seiner Schüler sie unter dem Eindruck einer Walcausischen Vorlesung oder eines mit dem von Walcausus zugesetzten stemma ausgerüsteten Manuscripts verfasst hat: darüber theilen sie mir nichts mit. Einzelne der Kölner Glossen mögen ja, wie Fitting S. 26 ausführt, auf den Ursprung aus Vorlesungen schliessen lassen; bei anderen, namentlich den vielen Distinctionen, scheint mir dies weniger der Fall; wie aber überhaupt der Kölner Apparat entstanden ist, bleibt dennoch im Dunkeln, er mag aus glossirten Manuscripten, Vorlesungen, Vorlesungsnotizen, Ueberlieferungen zusammengeklaubt sein. —

Somit bleibt folgendes als genügend wahrscheinlich, um darauf weiter zu bauen, übrig. Walcausus hat sich mit den Institutionen erläuternd beschäftigt; dass er sich auf das stemma beschränkt hätte, ist nicht anzunehmen; er wird also wohl noch andere Zuthaten, sagen wir direct Glossen zu den Institutionen gefügt haben. Diese Zuthaten müssen zu der keinenfalls sehr viel späteren Zeit, in welcher die Kölner Glosse entstanden ist, noch erhalten gewesen sein und dem „Autor" der Kölner Glosse vorgelegen haben, da er eben aus ihnen jene Verse entnommen hat; wenigstens ist es höchst unwahrscheinlich, dass sich bloss jene Verse bis auf ihn erhalten hätten. Lag ihm aber ein Walcausischer Vorrath vor, so hat er denselben sicher, bei der grossen Berühmtheit, deren sich Walcausus dauernd erfreute, eifrig benutzt. Also wird wohl die Kölner Glosse zahlreiche oder doch manche Walcausische Glossen enthalten; welche und wie viele, darüber wage ich, wie gesagt, nichts zu behaupten.[1])

Trotzdem bleibt die Entdeckung Fittings eine glänzende und für die Geschichte des römischen Rechts im früheren Mittelalter höchst bedeutsame; sie bleibt es namentlich im Sinne und in der Richtung Fittings selbst; denn auch von meiner Anschauung aus rechtfertigt sie, wennschon nicht alle, so doch die wesentlicheren und gerade die Fit-

---

[1]) Mit alledem soll keineswegs die Möglichkeit, sondern immer bloss die Sicherheit der Fittingschen Behauptungen geleugnet sein. Dieser mittelalterliche Schutt-Boden ist gar zu locker; muss ich doch selbst für eine viel spätere und hellere Zeit Pescatore, meinem Recensenten in den Gött. gel. Anzeigen, zugeben, dass die „Autorschaft" des Azo für zahlreiche der von mir als Quaestiones Azonis herausgegebenen Stücke sich recht wohl bezweifeln lässt, wenn man das Wort in unserem strengen Sinne nimmt: wie ich dies übrigens selbst schon in der Vorrede zu der Ausgabe mehrfach durch Noten (z. B. S. 18) angedeutet hatte.

ting meist am Herzen liegenden der von ihm aus seiner Auffassung gezogenen rechtsgeschichtlichen Schlüsse.

Hinfällig wird allerdings zunächst der Versuch genauerer Datirung. Da Walcausus eine solche Vorlesung nicht wohl in der Zeit, in welcher er das hohe Amt eines kaiserlichen Hofrichters bekleidete, gehalten haben kann, so wird dieselbe (S. 35 f.) vor 1055 und zwar wahrscheinlich stark vor 1055 gesetzt. Diese Annahme verliert schon an Wahrscheinlichkeit, sobald man nicht mehr als erwiesen ansieht, dass die Kölner Glosse einer Vorlesung ihre Entstehung verdankt, sollte man selbst an der Autorschaft des Walcausus festhalten. Denn dann könnte, wer die beredte und gewandte Feder Fittings führte, leicht plausibel machen, wie Walcausus, der in seiner Jugend dem römischen Recht näher getreten war, seine Berühmtheit als Lombardist erlangt und bis 1077 als kaiserlicher Hofrichter gewirkt hatte, in der gelehrten Musse des Alters zu den Institutionen zurückgekehrt sei und seine Befriedigung darin gefunden habe, der Jugend eines neuen Geschlechts vorzuhalten, wie viel bequemer ihr der Erwerb der Rechtskunde gemacht werde. Damit käme man in das letzte Viertel des 11. Jahrhunderts; und weit später wird die Entstehungszeit der Glosse thatsächlich nicht zu suchen sein, mag sie zum Verfasser haben welchen Lombardisten auch immer; über die Wende des Jahrhunderts wenigstens wird sie wohl kaum hinausgehen.

Gerade aus dieser letzten Zeit des 11. Jahrhunderts könnten nun auch diejenigen Kölner Glossen herrühren, als deren Quelle Fitting (S. 54 f.) das Digestum novum und vetus darthut. Damit verschwindet die Beweisfähigkeit der Kölner Institutionenglosse für Digestenkenntniss vor dem letzten Viertel oder gar vor der zweiten Hälfte des 11. Jahrhunderts.

Dagegen bleibt der Kern der Fittingschen Ausführungen (S. 47 f.) bestehen. Der Betrieb des römischen Rechts zur Zeit des Walcausus und seiner Schüler ist offenbar ein viel intensiverer gewesen, als man bisher annahm. Es muss da eine ernsthafte wissenschaftliche Thätigkeit demselben gewidmet worden sein, wenn man es auch bloss als Hülfswissenschaft ansah. Pavia erscheint (S. 56 f.) als das Centrum und der Sitz vielseitigen und eifrigen Studiums. Mehr als je tritt der Zusammenhang zwischen Pavia und Bologna hervor. Indem Fitting das, was wir bisher, namentlich auch seit den so verdienstlichen Uebereinstimmungstabellen Chiappellis, schon über Beziehungen zwischen Lombardisten und Glossatoren wussten, mit den durch seinen Fund erschlossenen Verhältnissen der Walcausischen Schule verbindet; indem er gleichzeitig (S. 48 f.) auf die namentlich in der Turiner Institutionenglosse enthaltenen Spuren noch älterer Bemühungen um das römische Recht mit Nachdruck abermals verweist, weiss er die schon so oft von ihm geknüpfte, so oft und namentlich letzthin von den Gegnern zerrissene Kette eines Zusammenhanges zwischen dem Alterthum und den Glossatoren wieder frisch zu schliessen, eine Kette, deren letzte

Glieder durch seine schöne Entdeckung wesentlich an Festigkeit gewonnen haben.

Natürlich hat die Bedeutung seines Fundes Fitting veranlasst, der ganzen Kölner Handschrift gesteigerte Beachtung zu schenken. Er giebt uns (S. 10 f.) eine die bisherigen an Genauigkeit weit übertreffende Beschreibung derselben; die von Lamprecht aus den Ornamenten gezogene Annahme, dass die Initialen der Institutionen und der auf sie folgenden Julianischen Epitome genau einer Vorlage des 9. Jahrhunderts nachgemalt sind, findet (S. 18 f.) in Bezug auf den ganzen Text ihre Bestätigung durch eine Reihe feiner sachlichen Bemerkungen. In Bezug auf die Institutionenglossen aber werden mehrere Hände unterschieden. Das bisher Besprochene bezieht sich, wie schon bemerkt, nur auf die von der ursprünglichen Hand, 1a, herrührenden Glossen; kein besonderes Interesse bieten die von der Hand des ersten Correctors, 1b, geschriebenen Stücke (S. 57); eine dritte Hand, 1c, lässt auf abermalige Correctur und so auf ausserordentliche Sorgfalt schliessen; die ihr angehörigen Stellen finden sich wörtlich wieder in dem Tractat de actionum varietate et vita seu longitudine. Spätere Zuthaten sind die von Hand 2 im ersten Buche der Institutionen nachgetragenen Titel- und Capitelüberschriften sowie die von Hand 3 noch eingestreuten Glossen, welche übrigens auch (S. 58) lombardistischen Charakter tragen. Genau dieselben verschiedenen Schriften in demselben Verhältniss zu einander finden sich in der Epitome Iuliani wieder, welche also offenbar mit den Institutionen plangemäss zusammen hergestellt ist. Der Text derselben bietet (S. 59 f.) wenig Bemerkenswerthes; die spärlichen Glossen sind denjenigen zu den Institutionen ganz ähnlich, also zweifellos auch Lombardistisch-Papienser Ursprungs (S. 61 f.); nur die von Hand 3 geschriebenen (S. 63 f.) sind ganz anderer Natur, zeichnen sich durch die feste Schreibart 'in codico' aus, haben eine der Papienser Schule fremde Citirmethode und sind demnach offenbar aus einer verschiedenen Quelle nachgetragen.

Eigenthümlich steht ein weiterer Bestandtheil der Handschrift da: die in ihr von Cramer entdeckten, nach ihr von Klenze herausgegebenen zwei fingirten Constitutionen. Fitting stellt (S. 16 f. und 64) fest, dass dieselben bisher irrig als zusammengehörig und gleichen Ursprungs gegolten haben; vielmehr bildet nur die zweite einen Anhang der ursprünglichen Kölner Handschrift auf f. 60. 61 derselben, während die erste einer anderen Institutionenhandschrift beigefügt war, deren letztes Blatt der Kölner gewissermassen als Vorsetzblatt, f. 1, dient. Aus Institutionenhandschriften stammen sie demnach beide; auch sind sie beide lombardistisch, wie schon Conrat (Gesch. S. 340) angenommen hatte und Fitting nun näher (S. 68 f. und 79 f.) nachweist; dagegen soll nach Fitting die erstere in Pavia selbst, die zweite nicht dort, sondern in der Umgegend geschrieben sein; die erste von Walcausus, die zweite von Sichelmus von Reggio. — Mit Erfolg wird dargethan, dass die erste Constitution, welche aus der justinianischen Gesetzgebung mosaikartig zusammengestellt ist, dabei einen dem Kölner ge-

nau bis in alle Einzelheiten hinein entsprechenden Text der Institutionen aufweist. Nimmt man die Glossen zu letzteren als wirklich walcausisch an, und nimmt man hinzu, dass Walcausus historisch als Fälscher gilt, d. h., wie Fitting schön ausführt (S. 70 f.), schuldlos deshalb in diesen Ruf gekommen ist, weil er neben ältere lombardische Gesetze die sie abändernden oder ergänzenden Stellen jüngerer in etwas umgearbeiteter, aber die Redeweise des Gesetzes beibehaltender Form gesetzt hat, welche Zusätze später in den Text der Walcausina geriethen und dann als Fälschungen erschienen: so liegt es allerdings sehr nahe, die erste Klenzesche Constitution auf ihn zurückzuführen, da sie zur Erklärung des römischen Processganges gerade so römische wie jene Zusätze zur Walcausina lombardische Gesetzesstellen verarbeitet. Freilich verliert diese Combination ein wesentliches Glied, sobald Walcausus nicht mehr als Verfasser der Institutionenglosse feststeht; immerhin passt sie sonst nach allen Seiten so trefflich (s. namentlich auch S. 72 f.), dass ich hier fast noch eher als bei der Glosse Fitting ganz zuzustimmen vermöchte; aber darüber, dass es sich bloss um eine Hypothese, nicht, wie Fitting S. 70 meint, um eine wirklich geschichtliche Thatsache handelt, sollte man sich doch nicht täuschen. — Die zweite Constitution ist, wie ein in ihr vorkommendes Beispiel 'cum absens eras Papiae' darthut, nicht in Pavia verfasst. Sie zeigt weit schlechtere Latinität, geringere Rechtskenntniss uud Compositionskunst als die erstere; ist Walcausus der Autor der ersten, so mag die zweite von einem seiner Schüler in der Diaspora in Nachahmung des Lehrers gefertigt sein. Alle diese Umstände sprechen nicht gegen Sichelmus; für ihn spricht nach Fitting (S. 83) folgende Stelle aus der Rhetorimachia Anselms des Peripatetikers über Sichelmus:

„Qui ut pro omnibus in suis rhetoricis noster habetur Tullius, sic Iustinianus pro omnibus in imperialibus suis edictis et legalibus iudiciis; et nec in iudicandis causis potuit esse exiguus, qui in perorandis satis sonat eximius."

Will man in diesem schwülstigen Lob die Anspielung auf ein von Sichelmus herrührendes Lehrmittel in der Form eines kaiserlichen Gesetzes, welches sich mit processualischen Dingen und zwar mit den von den römischen Gesetzen verordneten Klagen befasst, finden, so mag die in Form und Inhalt dementsprechende zweite Constitution gemeint sein.

Uebrigens zieht Fitting daraus, dass Walcausus Autor der ersten, Sichelmus der zweiten Constitution, keine wesentlichen rechtsgeschichtlichen Schlüsse, sondern gewinnt dem bloss einige chronologische Winke ab (S. 73. 80); ich darf also wohl die Besprechung dieser Abschnitte seiner Schrift hiermit beschliessen. Der Vollständigkeit halber muss jedoch noch erwähnt werden, dass schliesslich (S. 86 f.) das der zweiten Constitution angefügte Stück 'Actio mutui' rel. behandelt und, wie die übrigen, der Papienser lombardistischen Schule zugewiesen wird. Damit ist der ganze Inhalt des Kölner Manuscripts als dieser Schule angehörig festgestellt.

Alter guter Gewohnheit getreu hat Fitting uns all dies nicht mitgetheilt, ohne damit eine Ausgabe des Erörterten zu verbinden, deren Principien er S. 89—92 auseinandersetzt. Dann folgen zuerst die Glossen zu den Institutionen, mit Ausnahme derjenigen, welche bloss Wiederholungen von Wörtern oder Textvarianten geben; hieran schliessen sich die Julian-Glossen mit derselben Beschränkung; den Schluss bilden die beiden fingirten Constitutionen mit dem Anhang 'Actio mutui' rel. Unnöthig hinzuzusetzen, dass diese Edition mit derjenigen absoluten Akribie und eindringenden Sachkenntniss veranstaltet ist, wie sie nur von Fitting erwartet werden kann. Namentlich bietet die Institutionenglosse gegenüber der Conratschen Ausgabe zahlreiche bessere Lesarten und Vervollständigungen; unter denselben springt vor allem die klarere Form des Abdruckes der Distinctionen in die Augen; aber auch viele Einzelheiten der Lesung sind bei Fitting verständlicher geworden, vgl. z. B. Nr. 23 (21) z. E.; Nr. 32 (28) die Interpunction; Nr. 37 (33) die drei ersten Wörter; u. s. f. durch die ganze Reihe hindurch bis zu Nr. 190 (140) letztes Wort.

Ich würde glauben, der Aufgabe der Berichterstattung in diesem knappen Rahmen genug gethan zu haben, bliebe mir nicht noch Eines nachzuholen, was ich bisher absichtlich abgesondert habe: ich meine die Polemik gegen das jüngst von mir an dieser selben Stelle angezeigte Werk von Flach. Diese Polemik hebt schon der Titel hervor, die ersten Absätze (S. 1—10) sind ihr ausdrücklich gewidmet, in Veranlassung derselben hat der Verfasser sich neu mit der Kölner Handschrift beschäftigt und dabei seine Entdeckung gemacht, diese Polemik zieht sich aber auch wie ein rother Faden durch das ganze Buch. Sie ist, sagen wir es gleich, eine vielfach erfolgreiche. Oberflächlichkeiten und Flüchtigkeiten mancher Art (vgl. namentlich S. 4), aber auch bedenkliche Missverständnisse (vgl. S. 48 Note a) werden Flach nachgewiesen; dass die öde Verneinung aller seit Savigny gemachten Fortschritte, in welcher sich Flach gefällt, bei der Unvollständigkeit seiner Untersuchungen doppelt unbefriedigend erscheint, dürfte sich bereits in meiner Recension gezeigt haben; eine Unterschätzung des Werthes der Umstände, unter welchen uns die Turiner Institutionenglosse erhalten ist, hält ihm Fitting nachdrücklich vor; dazu kömmt nun das ganze Gewicht, mit welchem Fittings Entdeckung für seine alte These und gegen Flachs absolute Verwerfung derselben in die Wagschale fällt. Ich hoffe, dass diese kurzen Andeutungen genügen; keinesfalls mag ich diesen Controversen in alle Einzelheiten nachgehen. Ist es doch gar viel erfreulicher, darauf hinzuweisen, wie Fitting dieses Mal einem anderen Schriftsteller, der bisher als sein Hauptgegner erschien, sich genähert hat. Nachdem einerseits Conrat im Laufe seines grossen Werkes über die mittelalterlichen Schicksale des römischen Rechts sich verschiedentlich bereit gezeigt hat, die die Glossatorenzeit im 11. Jahrhundert vorbereitende Epoche selbst einige Jahrzehnte vor 1070 beginnen zu lassen; hebt jetzt andererseits Fitting (S. 5) hervor, was ich hier schon öfter betont hatte, dass der Streit über die Wissenschaftlichkeit

der vorirnerischen romanistischen Leistungen als unfruchtbar einzustellen ist, da sich objectiv der Begriff der Wissenschaftlichkeit nicht festsetzen lässt, vielmehr alles auf subjectives Urtheil und Zeitverhältnisse hinausläuft. Damit dürfte von beiden Seiten her ja ein grosser Schritt zur Einigung gethan sein; die schöne Entdeckung, mit welcher Fitting sein langjähriges eifriges Bemühen um diesen Zweig der Rechtsgeschichte nun auch einmal vom Glücke begünstigt sieht, wird ihr Theil zur Klärung dieser Fragen beitragen, sofern man nicht allzuviel aus ihr zu folgern sich bescheidet. Nach einer Zeit unablässigen Schwankens, in welcher nichts festzustehen schien, dürfte sich so eine Consolidation unserer Kenntnisse und Anschauungen auf diesem Gebiete vorbereiten zwar mit reichlichem ignorabimus, aber doch mit entschiedener Wendung dahin, dass keinenfalls die Wissenschaft des römischen Rechts fertig wie Minerva aus dem Haupte Jupiters von Irnerius ausgegangen ist. Mit Flachs Standpunkt der Verneinung mag sich das übel vertragen; der Wissenschaft aber bedeutet es doch wohl Gewinn an Festigkeit und Stetigkeit[1].

Ernst Landsberg.

Von der Savigny-Stiftung.

(VII, 166.)

Das Wortverzeichniss für die Pandekten, welches dem Wörterbuch der class. röm. Rechtswissenschaft zu Grunde liegt, ist im Anschlusse an die grössere Ausgabe Mommsens angefertigt. Die Stellen sind dabei nach Seite und Zeile dieser Ausgabe kenntlich gemacht. Bei der Ausarbeitung der Artikel entstand die Frage, ob die gleiche Citirmethode für das Wörterbuch beizubehalten sei, statt der heute üblichen nach Leges und Paragraphen.

Für die Citirweise nach Seite und Zeile spricht:

1. Die grössere Einfachheit. Wer nach Leges und Paragraphen citirt, kommt in der Regel auf 4 Zahlen, von denen jede zweistellig sein kann. Bei Seiten und Zeilen kommt man höchstens auf 5 Stellen, stets nur auf 2 Zahlen, und vermeidet das wenig passende pr. — Dadurch wird die Möglichkeit von Druckfehlern verringert, und in jedem Fall beträchtlich an Raum gespart.

2. Die grössere Genauigkeit. Die einzelnen Paragraphen der Pandekten sind fast sämmtlich länger als eine Zeile der in Frage stehen-

[1]) Das Manuscript vorstehender Anzeige befand sich schon seit längerer Zeit in meinen Händen. Es war in der Druckerei, ehe das 4. Heft von Conrats Quellen und Litteratur (I, 583 ff.) erschien.

A. P.

den Ausgabe; zum Theil umfassen sie 10 und noch mehr Zeilen. Daher findet in dieser Ausgabe derjenige, dem die Zeile genannt wird, das gesuchte Wort leichter und schneller als der, welcher den Paragraphen durchsuchen muss. Kommt das Wort mehrmals kurz hintereinander vor, so ist meistens die Zeile noch ein Unterscheidungsmerkmal, wo der Paragraph es nicht mehr ist.

3. Auch ist nicht gleichgültig, dass, bei der erwähnten Beschaffenheit des Wortverzeichnisses, durch Beibehaltung dieser Citirmethode bei der Bearbeitung nicht bloss Zeit und Geld gespart wird, sondern auch die bei der Umsetzung sämmtlicher Citate unvermeidlichen Versehen vermieden werden.

Diesen Vorzügen steht das Bedenken gegenüber, dass durch das Citiren nach Seite und Zeile das Wörterbuch auf eine Ausgabe der Pandekten ausschliesslich angewiesen wird. Diesem allerdings erheblichen Uebelstand wird abgeholfen werden durch eine der ersten Lieferung beizugebende Concordanz, welche für jede Seite und Zeile der grösseren Ausgabe die Nummern und den Paragraphen angiebt, welche ihr entsprechen. So werden die Besitzer der grösseren Ausgabe schneller und sicherer, die übrigen allerdings auf einem Umweg, aber ebenso sicher wie bei der anderen Citirform, die Stellen auffinden können. — Sollten künftige Ausgaben der Pandekten durch Randbemerkungen Seite und Zeile der grösseren Mommsenschen Ausgabe beifügen, so wird jeder also eingerichtete Druck das gleiche bequeme Verhältniss zu dem Lexikon haben wie die grössere Mommsensche Ausgabe. Bei einem Neudrucke der kleineren Mommsenschen Ausgabe wird eine derartige Einrichtung getroffen werden.

Um das Wörterbuch auch mit Lenels Palingenesia in unmittelbare Verbindung zu setzen, wird die Concordanz auch deren Nummern angeben.

I.

Die Stimmenzahl und die Abstimmungsordnung der reformirten servianischen Verfassung.

Von

Herrn Dr. **Elimar Klebs**

in Berlin.

I.

Als am Anfang unseres Jahrhunderts Savigny die Frage der „Verbindung der Centurien mit den Tribus" behandelte[1]) und die Erklärung des Octavius Pantagathus der Vergessenheit entriss, da konnte er mit Recht bemerken, nur wenige der früheren Schriftsteller hätten auf die Veränderungen der servianischen Verfassung Rücksicht genommen; *„die meisten nehmen gar keine Notiz davon und behandeln die Einrichtung des Servius so, als ob sie zu allen Zeiten gegolten hätte."*[2])

Als Savigny fast ein halbes Jahrhundert später (1849) seine Jugendarbeit mit einem kurzen Nachwort begleitete, da war die von ihm zuerst wieder angeregte Frage bis zum Ueberdruss der Zeitgenossen[3]) behandelt. Die Auffindung des vaticanischen Palimpsests von Ciceros Schrift de re publica hatte ein neues Zeugniss über die servianische Verfassung geliefert. Aber nicht bloss über seine Auslegung, selbst über seinen Wortlaut ward durch drei Jahrzehnte ein beständiger, doch wenig fruchtbarer Streit geführt. Neben der allgemeinen Er-

---

[1]) Erschienen 1805, wieder abgedruckt in den Vermischten Schriften I. S. 1 ff. — [2]) S. 9. — [3]) Man vergleiche die Bemerkungen Mommsens in der Vorrede seines Buches über die Tribus (1844) S. 2, Ritschls im Rheinischen Museum 1853 S. 308.

müdung trug wohl die philologische und textkritische Behandlung der streitigen Stelle durch Ritschl (1853), gerade weil sie zu einem völlig negativen Ergebniss kam, dazu bei, die Fluth willkürlicher Vermuthungen einzudämmen.

An erneuten Versuchen, die spätere Gestalt der servianischen Verfassung klar zu stellen, hat es trotzdem nicht gefehlt. Wenn man auch auf die Kenntniss mancher Einzelheiten von vorneherein Verzicht leistete, so war es doch ein berechtigtes Streben, wenigstens die Grundsätze festzustellen, nach denen die wichtigste Versammlung der römischen Bürgerschaft in jener Zeit gegliedert war, als der Staat zur weltbeherrschenden Macht wurde. Aber die Ungunst der Ueberlieferung erschwert in hohem Grade die Erfüllung jenes Verlangens. Jeder, der sich etwas näher mit diesen Dingen beschäftigt hat, weiss, oder sollte wenigstens wissen, dass eine vollkommen befriedigende Lösung, die jeden Anstoss hinwegräumt, kaum zu erzielen ist.

Fragen wir nach dem gegenwärtigen Stande der Untersuchung, so ist über einen wesentlichen Punkt erfreulicher Weise Einigkeit erreicht. Von allen namhaften Forschern der neueren Zeit wird anerkannt, dass bei der Reform die Eintheilung nach seniores und iuniores und nach 5 Vermögensclassen auf jede der 35 Tribus übertragen wurde, jede somit in 10 Abtheilungen zerfiel. Auch der Fortbestand der 18 Rittercenturien wird von den meisten anerkannt. Aber streitig ist noch immer die politisch wichtigste Frage, in welcher Weise jene 350 Abtheilungen das Stimmrecht in den Centuriatcomitien ausübten. Dass sie unverändert in diesen als Stimmkörper auftraten, hatte Pantagathus vermuthet. Aber gegen seine Annahme sind Einwände theils aus inneren Gründen, theils unter Berufung auf vermeintlich entgegenstehende Zeugnisse erhoben worden.

Dass die Zahl der Centurien auch in der reformirten Verfassung unverändert 193 geblieben sei, und nur die erste Classe statt der früheren 80 später 70 Stimmen erhalten habe, diese Ansicht hatten früher Orelli, Zumpt, Gerlach[1]) und

[1]) Orelli, Onomastic. Tull. III (1838) S. 374 ff., Zumpt (Abh. der Berliner Akad. 1836 S. 135 ff.), Gerlach, Historische Studien I (1841) S. 343 ff. II (1847) S. 205 ff.



andere vertreten. Man konnte diese Ansicht für abgethan halten, bis Mommsen sie unerwarteter Weise im Staatsrecht (III S. 274 ff.) wieder aufgenommen hat. In seiner Schrift über die römischen Tribus (1844) war Mommsen sehr entschieden für Pantagathus' Annahme eingetreten und trotz der Widerlegung, welche Huschke versucht hatte[1]), und der Angriffe anderer hielt er sie in der römischen Geschichte Jahrzehnte hindurch aufrecht.[2]) Jetzt aber hat er sich der Ansicht seiner früheren Gegner zugewandt. Er unterscheidet sich darin von ihnen, dass er folgerechter als jene zunächst jeder der 5 Classen 70 von den 350 Abtheilungen zuweist. Da nun von den 193 Stimmen 18 den Rittern, 5 den Zusatzcenturien, 70 der ersten Classe zufallen sollen, so bleiben für die 280 Abtheilungen der vier unteren Classen nur 100 Stimmen verfügbar. Mommsen sieht sich also zu der Annahme genöthigt, dass Zusammenlegungen von Abtheilungen in den vier unteren Classen stattgefunden haben.

Das von ihm angenommene System beruht hauptsächlich auf einer eigenthümlichen Auslegung von Cicero de re publica 2, 22, wonach Cicero gleichzeitig von der servianischen und der reformirten Verfassung reden soll. Diese Ansicht war früher schon von Peter aufgestellt, aber auf allgemeinen Widerspruch gestossen[3]); auch Mommsen hat sie früher entschieden bekämpft[4]).

Von anderen Gesichtspunkten ausgehend, haben Madvig und Lange Umgestaltungen von Pantagathus' Hypothese vorgenommen; auf verschiedene Weise versuchen sie, auch für die Stimmordnung einen engeren Zusammenhang von Centurien und Tribus herzustellen.

Sämmtliche, überhaupt möglichen Annahmen über die Gestalt der reformirten Centuriatcomitien sind, wie wir später

---

[1]) In seiner Rezension von Mommsens Buch über die Tribus, in den Kritischen Jahrbüchern für Deutsche Rechtswissenschaft 1845 XVIII S. 581 ff. — [2]) So noch in der siebenten Ausgabe von 1881 I S. 819; Guiraud (Revue hist. XVII S. 1 ff.) bekämpfte noch 1881 die Hypothese des Pantagathus kurzweg als die Mommsens. — [3]) Peter, Die Epochen der Verfassungsgeschichte der Römischen Republik S. 68 ff. — Savigny a. a. O. S. 11 bemerkt über diese Auslegung: *„Diese Meinung kann jedoch am entschiedensten verworfen werden“.* — [4]) Tribus S. 62.

eingehender begründen, auch thatsächlich aufgestellt und durchgeführt worden.

Ueber den einen, vorher bezeichneten Hauptpunkt haben sich in Folge der Durcharbeitung der verschiedenen Hypothesen allmälig die Ansichten geklärt, und eine Einigung ist erreicht. So ist die Hoffnung nicht unbegründet, es werde gelingen, auch über die Stimmenzahl und die Ordnung der Abstimmung eine Einigung anzubahnen. Wir werden zu diesem Behuf die Ansichten derer einer kritischen Musterung unterwerfen, welche die Gliederung der 35 Tribus in 350 Abtheilungen zwar anerkennen, aber bestreiten, dass die Zahl der Stimmkörper der fünf Classen oder ihrer Stimmen die gleiche gewesen sei. Auch nach dieser Richtung hin sind sämmtliche Möglichkeiten erschöpft, und der Versuch eines Abschlusses ist darum gerechtfertigt.

Wir beginnen mit einer Prüfung der Ansichten Mommsens, die eine besonders eingehende Erörterung erheischen. Vor allem darum, weil sie Pantagathus Lehre am stärksten umgestalten und vieles wieder in Frage stellen, was man bereits für einen gesicherten Ertrag der Forschung halten konnte.

Wohl soll ferner jede Untersuchung streitiger wissenschaftlicher Probleme es mit nichts anderem zu thun haben, als mit der sachlichen Prüfung gelehrter Ansichten. Aber auch die kühlste Sachlichkeit, die nur das Gewicht von Gründen abwägt und anerkennt, wird der Thatsache Rechnung zu tragen haben, dass die neueste, eigenartige Lösung der schwierigen Frage der Centurienreform in einem Werke vorgetragen ist, das durch seine hervorragende Bedeutung auf die gesammte Erforschung des römischen Staatswesens den tiefgehendsten Einfluss geübt hat und weiter übt. Es wird darum keiner Entschuldigung bedürfen, wenn wir bei einer Frage dieser Art die dort vorgetragenen Ansichten besonders sorgsam untersuchen und unsere abweichenden möglichst eingehend begründen.

II.

Livius 1,43 schreibt: nec mirari oportet hunc ordinem, qui nunc est post expletas quinque et triginta tribus, duplicato earum numero centuriis iuniorum seniorumque ad

institutam ab Servio Tullio summam non convenire. Quadrifariam enim urbe divisa regionibusque et collibus qui habitabantur, partes eas tribus appellavit, ut ego arbitror, a tributo; nam eius quoque aequaliter ex censu conferendi ab eodem inita ratio est; neque eae tribus ud centuriarum distributionem numerumque quicquam pertinuere. Diese Worte legt Mommsen dahin aus, *„dass nach Livius ausdrücklicher Angabe die servianischen und die späteren Centurienzahlen der fünf Classen verschieden waren“;* in der zugehörigen Anmerkung heisst es: *„Die Zahlen der neuen Ordnung, welche ad institutam ab Ser. Tullio summam nicht stimmen, können nur die Centurienzahlen der einzelnen Classen sein; die Gesammtzahl nennt Livius nicht.“*

Livius macht eine gelegentliche Bemerkung für Leser seiner, der augustischen Zeit. Die Kenntniss des ordo qui nunc est setzt er bei ihnen selbstverständlich voraus. Für die servianische Ordnung hat er freilich die Gesammtzahl nicht ausdrücklich genannt, aber durch die Angabe der Zahlen für die einzelnen Classen jedem Leser die Möglichkeit gegeben, sie durch eine kleine Addition zu finden. In der Auseinandersetzung, welche unserer Stelle unmittelbar vorausgeht, bezieht er sich geradezu auf die Gesammtzahl. Er sagt, die servianische Verfassung gab ein allgemeines, aber nicht ein gleiches Stimmrecht; sed gradus facti, ut neque exclusus quisquam suffragio videretur et vis omnis penes primores civitatis esset. Equites enim vocabantur primi, octoginta inde primae classis centuriae [primum] peditum vocabantur; ibi si variaret, quod raro incidebat, ut secundae classis vocarentur, nec fere umquam infra ita descenderent, ut ad infimos pervenirent. Livius führt also aus, die Ritter und die erste Classe hatten mehr als die Hälfte aller Stimmen; höchstens kam noch im Fall der Uneinigkeit jener die zweite Classe in Betracht. Daran schliest sich naturgemäss der Gedanke: in der gegenwärtigen Ordnung ist das Stimmverhältniss ein anderes. Da Livius für Leser schrieb, denen die reformirte Verfassung aus dem Leben bekannt war, so wies seine erste Bemerkung deutlich genug auf die Verschiedenheit der Gesammtzahlen hin.

Kehren wir nach der Beseitigung eines unbegründeten Einwurfes zur Hauptstelle zurück, so fragt sich zuerst: was bedeutet hier ordo? Berücksichtigt man in erster Linie den

unmittelbaren Zusammenhang, so wird man verstehen ordo suffragiorum; fasst man die Worte als Schlussbemerkung zu der ganzen Auseinandersetzung über die servianische Verfassung, so wird man ergänzen centuriarum. Sachlich kommt Beides auf dasselbe hinaus. Die letzten Worte lauten: neque eae tribus ad centuriarum distributionem numerumque quicquam pertinuere; daraus folgt als Livius Ansicht: quinque et triginta tribus ad centuriarum distributionem numerumque pertinuere. Da es an jedem beschränkenden Zusatz fehlt, so können unter centuriae nicht diejenigen der einzelnen Classen, sondern eben nur die der servianischen Verfassung verstanden werden. Mit Recht hat Mommsen selbst früher (Tribus S. 74) aus diesen livianischen Worten den Schluss gezogen: *„Hiedurch wird jede Hypothese widerlegt, die die servianische Centurienzahl (170) in die reformirte Verfassung hineinträgt."*

Unvereinbar aber ist seine jetzige Auslegung auch mit den Worten ad institutam summam. Summa ist niemals die Zahl schlechtweg, als ein beliebiges Vielfaches der Einheit, sondern es ist eine Gesammtzahl, die durch Addition anderer Zahlen entsteht, die anderen Zahlen in sich begreift. Hier kann nach dem Zusammenhang nichts anderes ergänzt werden als centuriarum. Selbst wenn sich Livius nicht gescheut hätte, für die Zahl der Centurien je einer Classe die ohne näheren Zusatz irre führende Bezeichnung summa zu gebrauchen, so wäre es doch unmöglich für ihn gewesen, wenn er die Centurienzahlen der einzelnen Classen bezeichnen wollte, den Singular summa zu setzen; er hätte schreiben müssen summas.

Die von Servius Tullius festgesetzte summa kann nur eine einzige Zahl bedeuten, nicht gleichzeitig die Zahlen 80, 20, 20, 20, 30, sondern nur das Ergebniss ihrer Addition.

Aus einer Zeit, da die reformirte Verfassung äusserlich noch unverändert in Kraft war, bezeugt uns also Livius ausdrücklich, dass in ihr die Gesammtzahl der Centurien verschieden war von jener der ursprünglichen servianischen Ordnung.

Ob entgegen diesem ausdrücklichen Zeugniss die Hypothese Mommsens dennoch aufrecht zu erhalten ist, darüber suchen wir die Entscheidung in einer sachlichen Prüfung des von ihm angenommenen Wahlsystems.

Es giebt im allgemeinen zwei Wege ein ungleiches Stimmrecht zu schaffen. Entweder man giebt dem einzelnen Abstimmenden eine Mehrheit von Stimmen; dies ist der natürliche Weg, wenn es sich um eine beschränkte Zahl von Abstimmenden handelt, namentlich wenn sie nicht als Personen, sondern als Vertreter irgend welcher politischen Verbände ihre Stimme abgeben, wie etwa im deutschen Bundesrath. Handelt es sich aber um abstimmende Massen, so hat man immer den anderen Weg eingeschlagen, Abtheilungen mit gleichen Stimmen, aber von ungleicher Kopfstärke zu bilden. Dies ist auch im Alterthum das allein übliche Verfahren. Dagegen dürften sich kaum Beispiele dafür finden, dass man bei Volksabstimmungen[1]) ein allgemeines aber ungleiches Stimmrecht in der Weise geschaffen hätte, dass man erst m Abtheilungen bildet, diesen $n < m$ Stimmen giebt und deshalb für jede Abstimmung eine Anzahl Abtheilungen zu einem Stimmkörper vereinigt. Denn dies Verfahren hat keinen Vorzug vor dem zweiten, welches jede beliebige Abstufung des Stimmrechts zulässt; dagegen hat es den Nachtheil, einer nutzlosen Erschwerung der Geschäfte. Für jede Abstimmung müssen die besonderen Stimmkörper erst gebildet werden. Es ist endlich politisch unzweckmässig, weil der ungleiche Werth des Stimmrechts bei einem solchen System den Massen immer wieder anschaulich vor Augen geführt wird.

Die Römer sollen nun, wie Mommsen behauptet, trotzdem ein solches System gehabt haben, indem die 280 Centurien der vier unteren Classen nur 100 Stimmen abgaben. Nur in der ersten Classe führte, nach Mommsen, die einzelne Centurie auch eine einzelne Stimme. Daraus folgt ohne weiteres, dass in den vier unteren mindestens Zusammenlegungen von 2 und 3 Centurien vorgekommen sein müssen. Denn mit der Zusammenlegung von je 2 hätte man immer noch 140 Stimmen, also eine zu grosse Zahl erhalten.

Unbestritten hiessen die einzelnen Stimmkörper, welche in den Centuriatcomitien der ciceronianischen Zeit abstimmten,

[1]) Eine so künstliche politische Bildung, wie der deutsche Bundestag, kannte dies Stimmverfahren im „engeren Rath", dessen 17 Stimmen in 11 Viril- und 6 Curiat-Stimmen zerfielen, neben dem entgegengesetzten im „Plenum", wo 35 Staaten 66 Stimmen führten.

centuriae. Nach Varro de l. l. 7, 42 verkündete der praeco das Ergebniss der Abstimmung jeder Abtheilung mit den Worten olla centuria — — nämlich consulem dicit oder Aehnliches. Andererseits steht nicht minder fest[1]), dass die 10 Abtheilungen, in welche jede Tribus zerfiel — wir wollen vorübergehend für sie Tribuscenturien sagen — gleichfalls centuriae genannt wurden. Nach Mommsens Annahme sind beide nur in der ersten Classe einander gleich; die übrigen 280 Tribuscenturien waren nicht einer Stimmcenturie gleich, sondern die Hälfte oder ein Drittel einer solchen. Selbst eine theoretische Auseinandersetzung kommt nicht ohne unterscheidenden Zusatz aus. In Ciceros Zeit, da die militärische centuria mit der politischen nichts mehr gemein hatte, konnte man ohne Nachtheil für beide den gleichen Namen gebrauchen; denn es konnte im Zusammenhang der Rede nie ein Zweifel darüber entstehen, welche Art von Centurien gemeint sei. Aber bei dem engen sachlichen Zusammenhang von Tribuscenturien und Stimmcenturien war hier eine Bezeichnung, die eine Unterscheidung wenigstens möglich machte, nicht zu entbehren. Thatsächlich giebt es eine solche in der lateinischen Sprache nicht. Wir müssten ausserdem den Römern eine besonders sinnwidrige Redeweise zuschreiben. Der Censor musste zunächst, bevor er die Centurien der vier unteren Classen zusammenlegen konnte, auch für die zweite Classe eine centuria Romulia, eine centuria Voltinia, eine Veturia iuniorum bilden. Dann aber wurden in den Centuriatcomitien aus den drei centuriae eine centuria Romulia et Voltinia et Veturia iuniorum, die als centuria aufgerufen wurde? Dies erscheint kaum denkbar. Von einem dieser Art zusammengesetzten Stimmkörper konnte der praeco doch wohl nur sagen ollae centuriae.

Wir haben bisher immer nur im allgemeinen von der nothwendigen Reduction der Stimmen und von der Möglichkeit gesprochen, sie durch Zusammenlegung von je zwei und drei

---

[1]) Mommsens Staatsrecht III S. 277 bemerkt über die Abtheilungen, in welche die Tribus zerfielen: *„Centurien heissen diese auf den Inschriften der Kaiserzeit und ihre Entstehung würde mit zwingender Nothwendigkeit diese Benennung fordern, auch wenn sie nicht urkundlich bezeugt vor uns läge."*



Centurien herbeizuführen. Es ist nothwendig, diesen Punkt jetzt näher zu untersuchen. Mommsen bemerkt (S. 278) über die Zusammenlegung von 280 Stimmabtheilungen zu 100 Gesammtstimmen:

> *„Man mag sich dies in der Weise veranschaulichen, dass etwa von den 70 Stimmabtheilungen der zweiten Classe 60 je drei und drei, 10 je zwei und zwei zusammengelegt wurden, und also aus ihren Abstimmungen 25 Stimmen hervorgingen. Dadurch erklärt sich denn auch, warum die Stimmen der ersten Classe mit dem Namen der Tribus unter Hinzufügung des Aufgebots benannt werden; in dieser Classe allein führte jede Stimmabtheilung eine eigene Stimme.“*

Die hier vorgeschlagene Vertheilung ist arithmetisch natürlich unangreifbar, aber sie giebt von der wirklichen Stimmordnung kein zutreffendes Bild. Denn ein wesentlicher Umstand ist dabei ausser Acht gelassen. Dass die centuriae seniorum und iuniorum getrennt stimmten, steht vollkommen fest[1]). Eine Zusammenlegung einer centuria seniorum und einer centuria iuniorum zu einer Stimmcenturie wäre eine Verletzung eines der drei obersten Grundsätze der servianischen Verfassung gewesen. Denn immer werden als diese die Gliederung des Volkes nach aetas, census, ordines von den Alten bezeichnet. Eine centuria Romulia seniorum et Voltinia iuniorum wäre eine staatsrechtliche Ungeheuerlichkeit. Wir müssen also bei der von Mommsen vorgeschlagenen Vertheilung weiter fragen: wie wurden die 25 Stimmen auf die seniores und iuniores vertheilt? Da 25 nicht durch 2 theilbar ist, ergiebt sich die Antwort keineswegs von selbst. Und wer sich nicht aufs Rathen oder Probiren legen mag, wird wohl oder übel ein System unbestimmter Gleichungen (nämlich 4 mit 5 Unbestimmten) untersuchen müssen.

Es wäre aber verkehrt bei diesem einen zufällig gegebenen Fall stehen zu bleiben. *„Wie die 100 Stimmen unter die 4 Klassen vertheilt worden sind, wissen wir nicht und lässt sich nicht errathen“*, sagt Mommsen. Berechnen aber lässt sich, wie die Römer sie überhaupt vertheilen konnten.

[1]) Mommsen III S. 272 Anm. 1.

Sie durften keineswegs jede beliebige Zerfällung der Zahl 100 in 4 Summanden vornehmen. Sondern sie waren, selbst wenn man von allen praktischen Rücksichten absieht, nach den Annahmen Mommsens zunächst durch die Bedingung beschränkt, dass in keiner der 280 Abtheilungen der 4 unteren Classen eine Abtheilung eine eigene Stimme für sich führen durfte. Denn ausschliesslich in der ersten Classe war nach Mommsen die Tribuscenturie einer Stimmcenturie gleich. Ferner ist nach den Grundsätzen der servianischen Verfassung jede Zusammenlegung von centuriae seniorum und iuniorum zu einer Stimmabtheilung unmöglich. Endlich fordert der Begriff der Classe, wenn er nicht sinnlos werden soll, dass die Abtheilungen derselben Classe möglichst gleichartig behandelt werden müssen.

Fragen wir nun nach den verschiedenen Möglichkeiten, so haben wir natürlich nicht von den Stimmenzahlen der Classen auszugehen, sondern von der Art der Zusammenlegung. Drei Fälle sind in Betracht zu ziehen:

1) Zusammenlegung der Centurien derselben Classe nach je einer Zahl c_1, c_2, c_3, c_4;
2) nach je zweien a_1 b_1, a_2, b_2 u. s. w.;
3) Vereinigung beider Systeme[1]).

Das erste ist, wie die Rechnung ergeben wird, unmöglich; der dritte Fall scheidet aus praktischen Gründen aus. Es bleibt also nur die Zusammenlegung nach je 2 Zahlen.

Mit Hilfe der unbestimmten Analysis kann man ohne Schwierigkeit eine Tabelle sämmtlicher möglichen Vertheilungen entwerfen, die sich in wenige Classen zusammenfassen lassen. Aber wir haben zu bedenken, dass es sich um den Entwurf einer Wahlordnung für 4 Classen handelt. Man wird bei einer solchen nach möglichster Gleichförmigkeit streben, schon aus dem praktischen Grunde[2]), die Abstimmungen möglichst einfach zu gestalten. Um im Folgenden den langathmigen Ausdruck „die je 35 Centurien seniorum und iuniorum derselben Classe“ nicht beständig zu wiederholen, ersetzen

[1]) Denkbar und mathematisch noch ausführbar ist eine Zusammenlegung auch mit Verwendung von je 3 Zahlen. Aber dieser Fall kommt nicht mehr in Betracht, weil es sich für uns nur um die Ermittelung der einfachsten Möglichkeiten handelt. — [2]) Auch ist es schwieriger, die ungleichartigen Vertheilungen zu finden, als die einfachen.

wir ihn (nur in der mathematischen Erörterung) durch die Bezeichnung „Halbclasse".

Eine vollkommen gleichartige Behandlung der 4 Classen ist unmöglich; denn in diesem Fall müsste jede Classe 25 Stimmen führen, also müssen je 2 Halbclassen verschieden behandelt werden. Wir haben demnach 2 Fälle zu unterscheiden:

I. Je 2 Halbclassen werden gleichartig behandelt: die Stimmenzahlen der 4 Classen können nicht alle gleich sein.

II. Die Stimmenzahlen der 4 Classen sind gleich: die Halbclassen können nicht ganz gleichartig behandelt werden.

Bezeichnen wir die Zahlen a_1 b_1, a_2 b_2 u. s. w., nach welchen die Zusammenlegung erfolgt, als Reductionszahlen, dagegen die Zahlen derjenigen 2 Gruppen von Centurien, welche in jeder Halbclasse nach a_1 und b_1 zusammen gelegt werden als Gruppenzahlen, dann kann eine gleichförmige Ordnung nur nach 2 Richtungen hin erstrebt werden:

A) Die 2 Reductionszahlen sind für alle Classen gleich, z. B. 2 und 3.

B) Die 2 Gruppenzahlen aller Halbclassen sind gleich, z. B. 8 und 27.

Aus der Vereinigung beider Eintheilungen ergeben sich 4 Arten der Zusammenlegung. Sie umfassen alle Möglichkeiten, bei denen irgend welche Regel der Vertheilung herrscht, und sie stellen darum die einfachsten Möglichkeiten dar, die 100 Stimmen auf die 280 Centurien zu vertheilen.

Die sachliche Bedingung gleicher Behandlung der Halbclassen findet mathematisch darin ihren Ausdruck, dass wir die Vertheilung von 50 Stimmen auf $4 \times 35 = 140$ Centurien untersuchen und dann die Ergebnisse mit 2 multipliciren. Die andere Bedingung, dass keine Centurie für sich eine Stimme führen darf, lautet mathematisch: sämmtliche Reductionszahlen müssen ganze Zahlen, grösser als 1 sein.

Wir behandeln nunmehr die einzelnen Fälle.

Wir fragen zuerst: welche Möglichkeiten der Zusammenlegung giebt es, wenn man nur fordert, dass in jeder der 4 Classen die Centurien nach je einer Zahl c_1, c_2, c_3, c_4,

über deren Verschiedenheit oder Gleichheit nichts bestimmt wird, vereinigt werden. Es giebt mathematisch[1]) nur 2 Lösungen:

$$c_1 = 1 \; c_2 = 5 \; c_3 = 5 \; c_4 = 35$$
$$c_1 = 1 \; c_2 = 7 \; c_3 = 7 \; c_4 = \;\; 7$$

Die erste Werthreihe bedeutet: es führt in Classe II je 1 Centurie eine Stimme, in III und IV je 5, in V je 35 Centurien. Dies ergiebt folgende Vertheilung der Stimmenzahl:

$$70 + 14 + 14 + 2 = 100,$$

im zweiten Fall:

$$70 + 10 + 10 + 10 = 100.$$

Beide Möglichkeiten sind ausgeschlossen, weil noch eine Classe ausser der ersten 70 Stimmen führt.

Es ergiebt sich ferner: wenn man ein gemischtes System der Reduction haben wollte der Art, dass einzelne Classen nach 1, andere nach 2 Reductionszahlen zusammengelegt werden, so konnten für die ersten nur die Werthe 5, 7, 35 verwandt werden. Da aus praktischen Gründen an eine Zusammenlegung von 5 oder 7 oder gar 35 Centurien zu einem Stimmkörper nicht gedacht werden kann, ist es unnütz, die einzelnen Möglichkeiten weiter zu verfolgen.

---

[1]) Die gesuchten Zahlen müssen Divisoren von 35 sein; sämmtliche Divisoren von 35 sind

1, 5, 7, 35.

Die Stimmenzahlen der 4 Halbclassen sind die zugehörigen Quotienten

35, 7, 5, 1.

Um die sämmtlichen Lösungen zu erhalten, hat man nur zu ermitteln, welche Combinationen dieser 4 Elemente zu je vieren mit Gestattung beliebiger Wiederholung der Elemente unter den 35 möglichen die Summe 50 ergeben. Da $7 + 7 + 7 + 7 = 28$ ist, so muss das Element 35 ein Mal vorkommen; der Rest 15 lässt sich durch 7, 5, 1 nur darstellen durch $3 \cdot 5$ oder $2 \cdot 7 + 1$. Also ergeben die verlangte Summe nur die beiden Combinationen

35, 7, 7, 1
35, 5, 5, 5.

Ihnen entsprechen die Divisoren

1, 5, 5, 35
1, 7, 7, 7.

Bei der Vertheilung nach 2 Zahlen ist nach dem Vorhergehenden zu unterscheiden:

I. Gleiche Behandlung der Halbclassen;

II. Ungleiche.

I A: Ueber die Stimmenzahl der Classen wird gar keine Bestimmung getroffen, es wird nur verlangt, dass die Zusammenlegung in allen Classen nach denselben 2 Reductionszahlen a und b erfolgt, die beide grösser als 1 sein müssen[1]). Diese scheinbar sehr unbestimmte Aufgabe hat nur 2 Lösungen:

$$a = 2, b = 3$$
$$a = 2, b = 7.$$

Praktisch kann nur das erste Werthpaar in Betracht kommen, das eine doppelte Anordnung liefert. Ich schreibe sie der Kürze halber hier und im Folgenden in der Form von Gleichungen.

a) Die Halbclasse II wird so geordnet:

$$\frac{14}{2} + \frac{21}{3} = 14$$

das heisst, 14 Centurien zu 2 und 21 Centurien zu 3 zusammengelegt, in Summa 35 Centurien haben 14 Stimmen. In III—V:

$$\frac{2}{2} + \frac{33}{3} = 12.$$

Also ist die Vertheilung der Stimmen auf die 4 Classen folgende:

$$28 + 24 + 24 + 24 = 100.$$

b) In Classe II und III:

$$\frac{8}{2} + \frac{27}{3} = 13$$

in IV und V:

$$\frac{2}{2} + \frac{33}{3} = 12.$$

Also: $26 + 26 + 24 + 24 = 100.$

---

[1]) Von der Mittheilung der mathematischen Begründung haben wir aus äusserlichen Gründen Abstand nehmen müssen. Es handelt sich im wesentlichen um einfache Aufgaben der Zahlentheorie, die sich elementar in den Formen unbestimmter Gleichungen behandeln lassen. Dass die vorgelegten Lösungen die einfachsten möglichen sind, erhellt unmittelbar ohne Rechnung. Denn die kleinsten möglichen Werthe für zwei Reductionszahlen sind 2, 3, für drei 2, 3, 4. Da ferner in den Fällen I A und I B eine vollkommen identische Behandlung der vier

I B. Wir verlangen jetzt, dass die Zahlen der 2 Gruppen der Centurien, welche in jeder Halbclasse zusammen gelegt werden, überall gleich sind. Dann können, wie vorher bemerkt ist, die Reductionszahlen nicht sämmtlich gleich werden. Der einfachste Fall, bei dem die grösste Regelmässigkeit erzielt wird, ist der, wenn sie für 3 Classen gleich bleiben. Es giebt mathematisch 6 Arten von Lösungen, von denen nur eine einzige praktisch möglich ist, die zufällig auch die vollkommenste ist.

In Classe II, III, IV ist jede Halbclasse so geordnet:

$$\frac{8}{2} + \frac{27}{3} = 13$$

in Classe V:

$$\frac{8}{4} + \frac{27}{3} = 11.$$

Also:

$$26 + 26 + 26 + 22 = 100.$$

II A. Verlangt man, dass sämmtliche 4 Classen die gleiche Stimmenzahl 25 erhalten, so müssen die zugehörigen Halbclassen eine verschiedene Stimmenzahl haben. Die Anwendung von je einer Reductionszahl für beide Halbclassen oder die Anwendung von einer für die eine, von zweien für die andere ist hier selbst mathematisch unmöglich. Es müssen mindestens 2 für jede verwandt werden. Sollen sie für beide Abtheilungen gleich sein, so giebt es wie in I A nur die Werthpaare 2, 3 und 2, 7. Das erste liefert folgende Anordnung:

$$\frac{2}{2} + \frac{33}{3} = 12$$

$$\frac{8}{2} + \frac{27}{3} = 13.$$

II B. Es sollen jetzt die Gruppenzahlen der Centurien in den beiden Halbclassen gleich werden. Es giebt nur eine einzige Lösung:

$$\frac{20}{2} + \frac{15}{3} = 15$$

$$\frac{20}{4} + \frac{15}{3} = 10.$$

Classen ausgeschlossen ist, so können höchstens drei Classen identisch behandelt werden. Dies geschieht in den im Text gegebenen Lösungen bei I A a und I B.

Was ist das Ergebniss dieser Rechnungen? Wir haben weder zu „errathen" noch zu bestimmen gesucht, was die Römer gethan haben. Aber wir haben erschöpfend[1]) die Möglichkeiten bestimmt, nach denen sie die ihnen zugeschriebenen Reductionen vornehmen konnten, falls noch irgend welche Regelmässigkeit in der Anordnung walten sollte, und wir haben die einfachsten 4 Fälle berechnet. Jede Berufung auf unbekannte, noch einfachere Arten ist damit abgeschnitten. Nun dürfte zwar ein Anhänger der Reductionshypothese keineswegs behaupten, dass die Römer eine der 4 einfachsten Formen gefunden hätten, da sie mit ihren mathematischen Mitteln nicht im Stande waren, diese zu berechnen. Wir aber wollen annehmen, dass sie durch Probiren auf eine dieser 4 einfachsten Lösungen gekommen waren und eine benutzten.

Prüft man sie auf ihre praktische Verwendbarkeit als Abstimmungsordnungen, so ist ein schwerer Mangel allen gemeinsam: sie heben durch die Anwendung von wenigstens 2 Reductionszahlen[2]) für alle vier unteren Classen den Be-

---

[1]) Dieser Satz ist zwar im vorhergehenden sachlich genügend begründet; doch sei noch bemerkt, dass er sich mit mathematischer Strenge beweisen lässt, wenn man die Aufgabe, welche die Römer angeblich zu lösen hatten, mathematisch formulirt.

Bezeichnet man mit

$x_1\ \xi_1,\ x_2\ \xi_2$ . . . . die Gruppenzahlen

$z_1\ \zeta_1,\ z_2\ \zeta_2$ . . . . die Reductionszahlen

jeder der 4 unteren Halbclassen, so erhält man als allgemeinste Form der Aufgabe bei gleicher Behandlung der Halbclassen:

$$\left(\frac{x_1}{z_1}+\frac{\xi_1}{\zeta_1}\right)+\left(\frac{x_2}{z_2}+\frac{\xi_2}{\zeta_2}\right)+\left(\frac{x_3}{z_3}+\frac{\xi_3}{\zeta_3}\right)+\left(\frac{x_4}{z_4}+\frac{\xi_4}{\zeta_4}\right)=50$$

$$x_1+\xi_1 = x_2+\xi_2 = x_3+\xi_3 = x_4+\xi_4 = 35.$$

In diesem System müssen die Unbestimmten

1) als ganze positive Zahlen > 1,
2) so bestimmt werden, dass die in der ersten Gleichung auftretenden Brüche ganze Zahlen werden.

Aus dem Anblick der ersten, der Hauptgleichung ergiebt sich ohne weiteres, dass die 16 Unbestimmten mindestens 5 numerisch verschiedene Werthe erhalten müssen. — Dieser Satz bleibt unverändert auch dann bestehen, wenn man zuerst jede beliebige Ungleichheit in der Behandlung der Halbclassen zulässt. Die erste Gleichung erhält dann 8 symmetrische Glieder, deren Summe 100 ist, in der zweiten Reihe treten ebenso 8 gleiche Summen auf. — [2]) Selbst wenn man sich nicht gescheut hätte, je 5 oder 7 Centurien zusammenzulegen, so war

griff der Classe thatsächlich auf. Denn was soll eine Classe, die in der reformirten Verfassung ausschliesslich politische Bedeutung hatte — — was sollte sie noch bedeuten, wenn die ihr Angehörigen verschieden behandelt wurden? Unter der Annahme, dass alle 4 Classen die gleiche Stimmenzahl 25 hatten, wird die ungleiche Behandlung noch dahin gesteigert, dass die centuriae seniorum und iuniorum derselben Classe in Stimmenzahl und Gruppirung verschieden behandelt wurden.

Vergleicht man ferner die Regelmässigkeit der Anordnung, so haben die beiden Systeme mit 2 gleichen Reductionszahlen den Vorzug, dass durch alle 4 Classen ein und derselbe Grundsatz angewandt wird.

Aber man darf sich darüber nicht täuschen: die also erzielte Regelmässigkeit hat nur ein papierenes Dasein für denjenigen, welcher mit mathematischem Auge die Gliederung ansieht. Eine Regelmässigkeit dieser Art ist für die lebendige Wirklichkeit überhaupt nicht vorhanden.

Diesen Fehler vermeidet das andere System, in welchem die Gruppenzahlen der Centurien gleich sind. Dass in jeder Hälfte jeder Classe immer je 8 und je 27 Centurien eine Gruppe für sich bilden, das ist eine äusserlich merkbare Ordnung, die als solche empfunden werden kann. Aber dafür müssen hier 3 Reductionszahlen verwandt werden, und bei den kleinsten möglichen Werthen 2, 3, 4 muss zwei oder vier Mal eine Zusammenlegung von 4 centuriae zu einer centuria stattfinden.

So geben die 4 einfachsten Formen an Mangelhaftigkeit einander nichts nach. Und nun hat man noch zu bedenken, dass diese 4 Classen mit ihrem verwickelten Mechanismus nicht allein standen, sondern die Theile einer Abstimmungsordnung waren, in der ausserdem noch andere Grundsätze galten. Wie verwickelt die Bildung der comitin centuriata

---

dies Verfahren nur für 1 Classe möglich, die dann 14 oder 10 Stimmen erhielt. Denn wenn man es auf 2 Classen anwenden und jeder selbst 14 Stimmen geben wollte, so blieben noch 72 Stimmen zu vertheilen; auf den Rest von 140 Centurien können aber 72 Stimmen nicht vertheilt werden, ohne dass wenigstens 4 Centurien je eine volle Stimme führen, was ja verboten ist. Also für 3 Classen war die Verwendung von 2 Reductionszahlen nicht zu vermeiden. Im übrigen hätte ein solches gemischtes System noch ärgere Mängel als die Systeme mit durchgehender Gliederung nach 2 Zahlen.

bei dem angeblichen Reductionssystem gewesen sein müsste, wird am anschaulichsten werden, wenn wir die gesammte Anordnung für einen der 4 einfachsten Fälle übersichtlich aufstellen. Wir wählen als Beispiel den Fall, wo die 4 Classen gleiche Stimmenzahl haben, und die Centurien durchgehend zu 2 und 3 zusammengelegt werden. Dann ergiebt sich unter den Annahmen Mommsens folgende Gliederung:

I. Classe	70 C. zu 1		70 Stimmen
II. Classe			
	35 C. sen.		
	8 zu 2 =	4	
	27 zu 3 =	9	
		13	
	35 C. iun.		
	2 zu 2 =	1	
	33 zu 3 =	11	
		12	
	70 C.		25 „
III. Classe	70 C. (wie in II gruppirt)		25 „
IV. Classe	70 C. „ „ „ „		25 „
V. Classe	70 C. „ „ „ „		25 „
Ritter	18 C. zu 1		18 „
Zusatz-Cent.	5 C. zu 1		5 „
	373 C.		193 St.

An Verwickeltheit und Verzwicktheit dürfte dieses für grosse Massen bestimmte System vergebens seinesgleichen suchen. Ihm gegenüber ist die ursprüngliche servianische Ordnung von wahrhaft idealer Einfachheit. Denn in ihr führt jede Abtheilung (Centuria) gleichmässig eine Stimme, und die Abstufung der Stimmzahlen der Classen beschränkt sich auf die runden Zahlen 80, 20, 30.

Niemand wird einem so kaufmännisch nüchternen und praktischen Volke, wie es die Römer waren, andichten wollen, es habe aus abderitischer Wonne am Wahnwitz eine verhältnissmässig einfache Ordnung mit einer sehr verwickelten vertauscht. Nur die allerzwingendsten Gründe konnten eine solche 'reformatio in peius' veranlassen. Sind solche nachweisbar oder auch nur denkbar?

Aehnlich wie früher Gerlach[1]) spricht jetzt Mommsen von dem *„eigensinnigen Festhalten“* der Römer an der Zahl von 170 (Stimm-) Centurien für die 5 Classen. Es mangelt an jedem Beleg dafür, dass die Römer die Zahl 170 oder 193 für besonders heilig gehalten hätten. Die Berufung auf den Eigensinn enthält also nichts weiter als das ausdrückliche Zugeständniss, dass ein vernünftiger Beweggrund der Römer, ein so unzweckmässiges System anzunehmen, schlechterdings nicht zu entdecken ist.

Fragen wir weiter nach dem politischen Zweck der ganzen Umgestaltung, so kommen hier jene Veränderungen nicht in Betracht, welche vermuthungsweise mit der Reform als allgemeiner politischer Maasregel in Verbindung gebracht werden, die Abschaffung des Vorstimmrechts der Ritter, die Herabsetzung des Minimalcensus, die aber mit der besonderen Form der Veränderungen der Centurienzahlen nichts zu thun haben. Nun ist heute allgemein anerkannt, dass die Centurienordnung zur Zeit der Reform bereits ihre unmittelbare militärische Bedeutung verloren hatte. Für die Art der Umgestaltung kamen also nur politische Beweggründe in Betracht. Das einzige Ergebniss der von Mommsen behaupteten Aenderung wäre dies gewesen: während in der ursprünglichen Ordnung die erste Classe mit den Rittern allein die Mehrheit hatte, war jetzt noch das Hinzutreten von wenigstens 8 Centurien der zweiten Classe erforderlich. Den Werth dieser Aenderung hat Mommsen selbst (S. 275) bezeichnet: *„für das Uebergewicht der Vermögenden ist es von geringem Gewicht, ob 99 Centurien gegen 94 oder 89 gegen 104 stehen, eigentlich nur eine Wahrung der Schicklichkeit, dass nicht die erste Classe allein entscheiden kann.“* Dieser Zweck liess sich unter Beibehaltung aller übrigen Zahlen einfach dadurch erreichen, dass man der ersten Classe 70 statt 80, der zweiten statt der früheren 20 Stimmen 30 gab.

Aber man wird auf die Bedeutung hinweisen, welche die Uebertragung der servianischen Gliederung vom Volk auf die einzelnen Tribus beanspruchen kann.

Reale Folgen dieser Uebertragung waren aber unter den Annahmen Mommsens auf die erste Classe beschränkt. Denn

[1]) Historische Studien I S. 410.



der Censor musste zwar in jeder Tribus zuerst je 5 Centurien der seniores und iuniores bilden, aber es gewannen reale Existenz als politische Körper davon nur die beiden ersten, welche die seniores und iuniores der ersten Classe umfassten. Alle übrigen hatten Bedeutung nur für den Censor, insofern er auf Grund der ersten Liste nunmehr die wirkliche Ordnung der Centuriatcomitien feststellte. Er musste bei den beiden einfachsten Reductionssystemen nach 2 und 3 für die 4 unteren Classen 20 mal die Tribulen von 2 Tribus, 80 mal die Tribulen von 3 verschiedenen zu je einer Stimmcenturie vereinigen. Ein solches Verfahren kann kaum noch als Uebertragung der servianischen Ordnung auf die einzelnen Tribus bezeichnet werden.

Der einzige praktische Erfolg [1]) wäre gewesen, dass diejenigen Tribulen der ersten Classe, welche einer tribus urbana angehörten, auf 8 Centurien beschränkt wurden.

Bei der grossen Freiheit, welche die Censoren in der Eintheilung der Bürgerschaft noch lange nach Einführung der Reform besassen, hätte sich eine solche Einschränkung leicht durchführen lassen, ohne dass man nöthig hatte, einen Apparat von 350 Abtheilungen zu schaffen, aus denen 170 andere gemacht wurden. Es ist freilich kein Beweis gegen die Wirklichkeit einer behaupteten Thatsache, dass sie eine Verkehrtheit der Handelnden in sich schliesst. Aber ein so arges Missverhältniss zwischen Zweck und Mitteln, wie wir es bei den Annahmen Mommsens den Römern zuschreiben müssten, ist so lange ein schwerwiegender Einwurf, als das Bestehen der angenommenen Ordnung nicht durch unangreifbare Zeugnisse bewiesen ist.

Fassen wir das Ergebniss unserer bisherigen Auseinandersetzungen zusammen, so ist gegen die Annahme, dass in der reformirten Verfassung 280 Abtheilungen der 4 unteren Classen zu 100 Stimmkörpern zusammengelegt wurden, folgendes einzuwenden:

---

[1]) Mochte die Gliederung jeder Tribus in 10 Centurien auch in späterer Zeit für Spenden und für innere Angelegenheiten der Tribus Bedeutung gewinnen, so kommt doch diese spätere Entwicklung nicht in Betracht für die Frage, aus welchen Gründen und zu welchen politischen Zwecken ursprünglich die neue Organisation der Bürgerschaft vorgenommen wurde.

1) Schon die einfachsten möglichen Formen der Reduction bedingen eine äusserst verwickelte Bildung der Centuriatcomitien; sie zerstören thatsächlich die Ordnung nach Classen, weil in den 4 unteren die Angehörigen derselben Classe verschieden behandelt werden müssen.

2) Irgend ein Grund, welcher die Römer gezwungen hätte, eine Umwandlung der Wahlordnung in dieser Weise vorzunehmen, ist weder nachweisbar noch denkbar. Die geringfügigen politischen Veränderungen, welche das Reductionssystem herbeigeführt hätte, wären durch leichte Aenderungen der Stimmenzahlen der Classen der servianischen Verfassung zu erzielen gewesen.

3) Der anerkannte Grundgedanke der reformirten Verfassung, die Uebertragung der servianischen Ordnung vom gesammten Volk auf die einzelnen Tribus, verliert durch das behauptete Reductionssystem jede politische Bedeutung.

4) Es ist höchst unwahrscheinlich, dass gleichzeitig eine jede der 10 Abtheilungen, in welche eine Tribus zerfiel, centuria hiess, und dass es für einen aus 2 und 3 centuriae zusammengesetzten Stimmkörper wiederum nur die Bezeichnung centuria gab.

5) Die Behauptung, dass in der reformirten Verfassung die Gesammtzahl der Stimmen die gleiche wie in der ursprünglichen gewesen sei, steht im Widerspruch zu Livius ausdrücklichem Zeugniss.

III.

Die Nothwendigkeit, eine so überaus künstliche Stimmordnung bei den Römern anzunehmen, soll, wie Mommsen behauptet, aus der vielberufenen Stelle Ciceros de re publ. 2, 22 folgen, die schon so viel Verwirrung gestiftet hat.

Dieses Bruchstück lautet: . . . . duo de viginti censu maximo deinde equitum magno numero ex omni populi summa separato reliquum populum distribuit in quinque classis senioresque a iunioribus divisit, easque ita disparavit, ut suffragia non in multitudinis sed in locopletium potestate essent, curavitque quod semper in re publica tenendum est, ne plurimum valeant plurimi. quae discriptio si esset ignota vobis, explicaretur a me. nunc rationem videtis esse talem, ut equitum centuriae cum sex suffragiis et prima classis addita centuria, quae ad

summum usum urbis fabris tignariis est data, LXXXVIIII centurias habeat quibus ex centum quattuor centuriis — tot enim reliquae sunt — octo solae si accesserunt, confecta est vis populi universa reliquaque multo maior multitudo sex et nonaginta centuriarum neque excluderetur suffragiis, ne superbum esset, nec valeret nimis, ne esset periculosum. in quo etiam verbis ac nominibus ipsis fuit diligens, qui cum locupletis assiduos appellasset ab aere dando, eos qui aut non plus mille quingentos aeris aut omnino nihil in suum censum praeter caput attulissent proletarios nominavit, ut ex iis quasi proles id est quasi progenies civitatis exspectari videretur. illarum autem sex et nonaginta centuriarum in una centuria tum quidem plures censebantur quam paene in prima classe tota. ita nec prohibebatur quisquam iure suffragii et is valebat in suffragio plurimum, cuius plurimum intererat esse in optimo statu civitatem. quin etiam accensis velatis, liticinibus, cornicinibus, proletariis . . . .

Wir haben im vorstehenden die Hauptstelle nach den Lesarten der zweiten Hand gegeben; nach der ersten lautet sie: rationem videtis esse talem ut equitum certamine cum et suffragiis et prima classis addita centuria, quae ad summum usum urbis fabris tignariis est data, VIIII centurias — tot enim reliquae sunt — octo solae si accesserunt confecta est etc.

Nachdem über diese Stelle bereits ohne Ende gestritten war, erwarb sich, wie bekannt, Ritschl [1]) das Verdienst zuerst einmal sie, unabhängig von allen antiquarischen Erwägungen, nach der Seite der handschriftlichen und rein philologischen Kritik zu untersuchen.

Er legte scharfsinnig die Bedenken dar, welche die Fassung der zweiten Hand erweckt, und kam zu dem Ergebniss, dass ihr kritisch jeder Werth abzusprechen sei, und dass aus der allein maasgebenden ersten Hand Ciceros Worte nicht sicher hergestellt werden könnten. Gegen diese Beurtheilung der handschriftlichen Ueberlieferung sind Einwände von Huschke, Madvig und anderen erhoben worden. Aber ein überzeugender Gegenbeweis ist bisher nicht erbracht. Zur Sicherung einer

[1]) Rheinisches Museum VIII (1853) S. 308 ff., Erwiderungen von Huschke und Lange ebendort S. 404 und 616, zusammen wieder abgedruckt in Ritschls Opuscula III S. 360 ff.



unsagbar bestrittenen Stelle will ich hier einen anderen Weg einschlagen, bei dem wir die zweite Hand und ihr Verhältniss zur ersten vorläufig vollkommen bei Seite lassen. Die erste Hand liefert für sich ganz unverständliche Sätze. Nach anerkannten kritischen Grundsätzen haben wir gerade darum die Gewähr, dass sie, wenngleich verderbte, doch echte, das heisst nicht durch Interpolation entstellte, Reste der Ueberlieferung giebt. Es ist also zu untersuchen, ob sich aus dem Zusammenhang, in welchem die Stelle steht, und aus diesen Resten nicht ermitteln lässt, was dem Sinne nach Cicero geschrieben hat, sollten sich gleich seine Worte nicht sicher wiederherstellen lassen. Diese Untersuchung darf als selbstverständlich nichts voraussetzen; denn es giebt nichts, was in dem endlosen Hader über diese Worte nicht schon in Zweifel gezogen wäre. Wer einmal an einer Berglehne über Geröll wanderte, weiss, wie man dabei sorgsam jede Stelle zu prüfen hat, auf die man hintreten will; wo man aber den Fuss hinsetzt, von da rieselt mürbes Gestein in die Tiefe.

---

1) Das Bruchstück beginnt: duo de viginti censu maximo, deinde equitum magno numero ex omni populi summa separato reliquum populum distribuit. Nach der übereinstimmenden römischen Ueberlieferung[1]) schreibt also auch Cicero der servianischen Verfassung 18 Rittercenturien zu und lässt sie aus Leuten censu maximo bestehen. Er hat vorher (2, 20, 36) von Tarquinius Priscus berichtet: deinde equitatum ad hunc morem constituit qui usque adhuc est retentus ..... sed tamen prioribus equitum partibus secundis additis MDCCC[2]) fecit equites numerumque duplicavit. Aus diesen Worten lässt sich zwar nicht mit Sicherheit folgern, dass nach Cicero allezeit nur 1800 equites (im strengsten Sinne: equites Romani equo publico) vorhanden waren[3]); aber mit Wahrscheinlichkeit

[1]) Nur auf diese kommt es bei der Frage an, was Cicero dem Sinne nach geschrieben hat. Ob die Ueberlieferung thatsächlich richtig ist oder nicht, ob z. B. wirklich die Ritter von Anfang an aus den Höchstbesteuerten genommen wurden (Livius 1, 43, 8. 9; Dionys 4, 18), ist hier gleichgültig. — [2]) Diese Verbesserung Zumpts für das unmögliche maccc ist allgemein angenommen. — [3]) Diese Folgerung wäre sicher nur dann, wenn Cicero statt ad hunc morem ein hunc numerum equitatus constituit oder ähnliches geschrieben hätte.



doch soviel, dass auch Cicero für die Königszeit 100 Mann als Normalstärke der centuria equitum betrachtete[1]).

2) Aus den mehrfachen Wiederholungen in c. 22 ergiebt sich, dass Cicero an der servianischen Verfassung als das wesentliche hervorhebt, trotz dem allgemeinen Stimmrecht habe die Entscheidung in den Händen der Besitzenden gelegen. Die Reste der ersten Hand beweisen, dass er an der angefochtenen Stelle die Bildung der Mehrheit näher auseinandersetzte.

3) Die Zahl der Minderheit steht durch die Wiederholung an der zweiten, kritisch ganz sicheren Stelle fest; sie ist nach Cicero 96. Auch über ihre Zusammensetzung erhalten wir durch einen bisher unbeachtet gebliebenen Satz näheren Aufschluss: illarum autem sex et nonaginta centuriarum in una centuria tum quidem plures censebantur quam paene in prima classe tota. Ist hier mit una centuria eine einzige, bestimmte Centurie aus der Zahl jener 96 gemeint? Dagegen spricht von vorneherein, dass Cicero nach dem gewöhnlichen, auch von ihm beobachteten Sprachgebrauch dann nicht den Genetiv, sondern die Präpositionen ex oder de gebraucht hätte. Wollte man trotzdem Ciceros Worte auf eine einzelne bestimmte Centurie beziehen, so könnte nur an die centuria proletariorum gedacht werden. Aber diese hat Cicero im vorhergehenden noch gar nicht erwähnt; erst am Ende unseres Bruchstückes kam er auf sie zu reden. Vor allem aber ist gegen diese Annahme einzuwenden das durch die Stellung stark betonte illarum autem sex et nonaginta centuriarum und der Zusammenhang. Kam es Cicero nur auf die centuria proletariorum an, so begreift man nicht, warum er auf die 96 zurückgriff; ebensowenig, wie er, lediglich auf eine einzige Centurie gestützt, die allgemeine Bemerkung wiederholt ita nec prohibebatur quisquam iure suffragii et is valebat etc.

Also nicht 1 Centurie im Gegensatz zu 2 oder mehreren, auch nicht eine einzige, bestimmte aus der Zahl der 96 Centurien, sondern eine einzelne Centurie im Gegensatz zur prima classis tota hat Cicero gemeint; una steht, wie so häufig bei

[1]) Wahrscheinlich hat Cicero dem König Servius keine Vermehrung, sondern nur die Formation in 18 Centurien zugeschrieben.



Cicero, im Gegensatz zu totus gleich wie centuria zu classis. Nur daraus erklärt sich auch, dass Cicero, um den Gegensatz äusserlich scharf hervorzuheben, trotz dem vorangegangenen centuriarum zu una noch einmal centuria wiederholt. Cicero sagt also: was aber jene 96 Centurien anlangt[1]), so befanden sich in der einzelnen dieser Centurien damals mehr Leute als in der ganzen ersten Classe[2]).

Aus dieser Gegenüberstellung folgt, dass Cicero unter den 96 centuriae der Minderheit keine Centurie der ersten Classe gezählt haben kann, sondern dass bei ihm die ganze erste Classe zur Bildung der Mehrheit verwandt war. Da Cicero ferner die Rittercenturien wahrscheinlich zu 100 Mann angesetzt hat, sicher aber aus den allerreichsten Leuten (censu maximo) bestehen lässt, so kann sich unter den 96 Centurien der Minderheit ebensowenig eine centuria equitum befunden haben; für eine solche wäre der Satz sinnlos, dass in ihr mehr Leute waren, als in der ganzen ersten Classe. Nur aus Ciceros kritisch sicheren Worten haben wir damit die Thatsache bewiesen:

> in der Berechnung der Mehrheit, welche Cicero anstellte, kamen die sämmtlichen Centurien der ersten Classe und die 18 Rittercenturien als Summanden vor.

Damit haben wir eine vollkommen sichere Grundlage für die Beurtheilung der verderbten Hauptstelle gewonnen. Alle die künstlichen Versuche gewaltsamer Textänderungen, welche Centurien der ersten Classe oder der Ritter in die Minderheit brachten, um die Zahl 80 für Cicero zu retten, sind ein für alle Mal erledigt.

4) Der Zusammenhang der Stelle lässt die Angabe der grössten möglichen Minderheit gegen die kleinste Mehrheit erwarten. Denn dies war für Cicero die natürlichste und zugleich überzeugendste Art, seinen allgemeinen Satz zu beweisen. Wenn die Minderheit nach Cicero 96 war, so betrug die Mehrheit 97 oder 98[3]), die Gesammtzahl 193 oder 194. Die erste Zahl wird bekanntlich von Dionys that-

---

[1]) Diese deutsche Umschreibung entspricht genau der lateinischen Wortstellung. — [2]) Die Frage, ob diese Angabe Ciceros sachlich richtig oder übertrieben ist, gehört nicht hierher. — [3]) Das eine ist an sich so gut möglich wie das andere; man denke an die 30 Curien.

sächlich als Gesammtzahl überliefert; aus Livius einzelnen Ansätzen ergiebt sich 194, doch nennt er diese Zahl nicht. Wir wollen aber, um ganz sicher vorzugehen, vorläufig die Möglichkeit bestehen lassen, dass eine römische Ueberlieferung wirklich 194 als Gesammtzahl angab.

In jedem Fall dürfen wir aus der Uebereinstimmung der aus Cicero erschlossenen und der thatsächlich überlieferten Zahlen folgern, dass Cicero die Mehrheit entweder auf 97 oder auf 98 bezifferte.

5) Wir untersuchen jetzt, wie Cicero die Mehrheit gebildet haben kann.

Die erste Hand bietet: octo solae si accesserunt confecta est vis populi universa reliquaque multo maior multitudo sex et nonaginta centuriarum neque excluderetur suffragiis ne superbum esset nec valeret nimis ne esset periculosum. Vergleichen wir damit die späteren sicheren Worte illarum autem sex et nonaginta centuriam ..... ita nec prohibebatur quisquam iure suffragii et is valebat in suffragio plurimum, cuius plurimum intererat esse in optimo statu civitatem, so ergiebt sich aus der Uebereinstimmung, dass jene ersten Worte wenigstens von reliquaque ab ihrem Inhalt nach richtig überliefert sind. Es schliesst sich ferner von octo solae an alles inhaltlich gut zusammen; nur die Annahme von Constructionsfehlern, wie eines falschen Modus oder einer falschen Verbindung, wie etwa reliquaque für ut reliqua, bleibt offen. Die kritisch unangreifbaren Worte octo solae si accesserunt zeigen, dass Cicero die Mehrheit in folgender Form entstehen liess: wenn zu x Centurien nur noch 8 hinzugetreten sind, ist die Mehrheit fertig. Durch diese Fassung wird zunächst bestätigt, was wir vorher schon erschlossen, dass Cicero die kleinste Mehrheit der grössten Minderheit gegenüberstellt. Wir haben ferner aus Cicero selbst bewiesen, dass er in der Mehrheit sämmtliche Centurien der ersten Classe und die 18 Rittercenturien aufführte. Die Spuren der ersten Hand zeigen, dass er nach der alten Abstimmungsordnung zuerst die Ritter, dann die prima classis genannt hatte.

Unter den Centurien der ersten Classe gab es nur den Unterschied der seniores und iuniores. Da Cicero an der ganzen Stelle nur vom Gegensatz der Besitzenden und minder

Begüterten handelt, kam diese Scheidung für ihn nicht in Betracht.

Unter den 18 Rittercenturien wurden nach Livius (1, 43) und anderen Zeugnissen unterschieden eine Gruppe von 12 und von 6 Centurien; die letztere nennt Festus (p. 334) sex suffragia, Livius (1, 36) sex centuriae. Mit dem Census hatte die Unterscheidung nichts zu thun; auch wird durch Livius (1, 43) ausdrücklich bezeugt, dass sämmtliche Rittercenturien vor der ersten Classe stimmten. Demnach lag für Cicero keine Nothwendigkeit vor, die beiden Gruppen gesondert aufzuführen.

In der ersten Hand sind die auf die Rittercenturien bezüglichen Worte verderbt; die zweite giebt die Unterscheidung in equitum centuriae und sex suffragia. Es muss darum auch von denen, die ausschliesslich die erste Hand für maasgebend erachten, doch die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass Cicero die beiden Gruppen unterschied.

Die nächstliegende Annahme ist, dass Cicero der ersten Classe wie Livius und Dionys 80 Centurien gab. Dann konnte er schreiben:

wenn zu den 18 Rittercenturien die erste Classe mit 80 hinzugetreten ist, so ist die Mehrheit erreicht;

oder er konnte den ersten Summanden zerlegen in 12 und 6 und beide Gruppen durch verschiedene Bezeichnungen unterscheiden:

wenn zu 12 A und 6 B die erste Classe u. s. w.

Dagegen konnte Cicero nicht schreiben:

wenn zu 18 R.-C. und 72 C. der ersten nur noch 8 der ersten Classe hinzugetreten sind u. s. w.;

ebensowenig:

wenn zu 10 R.-C. und der ersten Classe nur noch 8 R.-C. u. s. w.

Denn beide Redeweisen wären gleichmässig sinnlos. Ausserdem ist die erste dadurch ausgeschlossen, dass Cicero nach der ersten Hand die prima classis als Gesammtheit aufführt; die zweite dadurch, dass Cicero nach eben jener das gethan hat, was an sich zu erwarten ist: er folgt der Abstimmungsordnung.

Wenn Cicero also die Mehrheit gebildet werden lässt durch das Hinzutreten von 8 Centurien, so können diese 8 weder den Rittern noch der ersten Classe angehören, sondern nur

der zweiten Classe. Daraus folgt, dass er der ersten Classe nicht 80 Stimmen gab[1]), sondern höchstens 72 bei der Gesammtzahl 194 oder höchstens 71 bei 193.

Sämmtliche Zahlen der Classen, die sonst überliefert werden, sind Vielfache von 10, wie ihre Censuszahlen Vielfache von 1000. Wenn Cicero jedesfalls die Zahl 80 nicht hatte, sondern eine abweichende kleinere, gleichviel ob sie historisch falsch oder richtig war, einem anderen Bericht oder einem Irrthum Ciceros entstammte, so erklärt sich die Abweichung am leichtesten, wenn die Differenz = n. 10 war. Das octo solae schliesst jede weitere Heranziehung von Centurien der vier unteren Classen aus. Um die Gleichung

$$72 \text{ C.} = \text{n. } 10 \text{ C.} + \text{x C.}$$

zu erfüllen, bleiben also nur die Zusatzcenturien ausserhalb der Classen verwendbar, deren nach Livius 6, nach Dionys 5 vorhanden waren. Also hat Cicero seine Mehrheit entweder berechnet:

$$18 \text{ R.-C.} + 70 \text{ C. Cl. I} + 1 \text{ Zus.-C.} + 8 = 97$$

oder:

$$18 + 70 + 2 + 8 = 98.$$

6) Noch auf einem anderen Wege gelangen wir zum gleichen Ergebniss.

Die letzten Worte des Bruchstückes lauten: quin etiam accensis velatis liticinibus cornicinibus proletariis . . . Dem Sinne nach kann Cicero nur gesagt haben: singulas centurias dedit.

Denn erstens ist kein anderer gemeinschaftlicher Gesichtspunkt zu finden, unter dem Cicero diese Zusammenstellung machen konnte; zweitens musste der Satz, der mit quin etiam beginnt, gegenüber dem vorhergehenden eine Steigerung enthalten. Unmittelbar vorher spricht Cicero von dem Stimmrecht der minder Begüterten in den vier unteren Classen; eine Steigerung war nur in der Weise möglich, dass er zum Stimmrecht derjenigen überging, die ausserhalb der Classen standen, von den minder Begüterten zu den proletarii.

---

[1]) Dies wesentliche Ergebniss ist übrigens selbst von der überlieferten Zahl 8 unabhängig. Der Plural accesserunt fordert, dass Cicero wenigstens noch 2 hinzutreten liess; dieser kleinste mögliche Werth schliesst schon die Zahl 80 aus.



Die Ueberlieferung kannte unter den Zusatzcenturien auch 2 centuriae fabrum. Cicero selbst erwähnt gelegentlich[1]) unter Berufung auf die censoriae tabulae den Ausdruck centuria fabrum.

Die Existenz wenigstens einer ist also urkundlich bezeugt und war Cicero bekannt.

Da er die übrigen Zusatzcenturien erwähnt, kann er diese nicht übergangen haben. Hinter proletariis kann sie nicht ausgefallen sein. Die römische Ueberlieferung, der Cicero folgt, unterschied unter den Zusatzcenturien militärische und eine aus den ärmsten Bürgern gebildete militärfreie, die Cicero unter den proletarii versteht. Die centuriae fabrum waren ferner die angesehensten unter den Zusatzcenturien; denn nach Livius Zeugniss stimmten sie mit der ersten Classe. Also hätten wir ihre Anführung mit Wahrscheinlichkeit an der ersten Stelle vor accensis, mit Sicherheit vor proletariis zu erwarten. Da Cicero sie aber hier nicht nennt, so muss er sie vorher irgendwo in die Rechnung gezogen haben. In der That führt die erste Hand eine centuria fabrum tignariorum genau da an, wo wir sie nach Livius erwarten dürfen, nämlich hinter der ersten Classe. Also hatte Cicero, ganz sachgemäss der Abstimmungsordnung folgend, sie zur Bildung der Mehrheit verwandt. Da diese für ihn entweder 97 oder 98 betrug und

$$18 + 80 + 1 = 99$$

ist, so ist damit ohne jede Berücksichtigung der Worte octo solae etc. abermals der Beweis erbracht, dass Cicero der ersten Classe nicht 80 Centurien gegeben haben kann.

7) Nachdem wir auf zwei verschiedenen Wegen festgestellt haben, dass Cicero die Zahl 80 nicht hatte, vereinigen wir jetzt die Ergebnisse beider Betrachtungen. Die erste liess zwei Möglichkeiten offen

$$18 + 70 + 2 + 8 = 98$$
$$18 + 70 + 1 + 8 = 97,$$

die zweite Untersuchung hat für die zweite Ansetzung entschieden. Ohne jede Berücksichtigung der zweiten Hand haben wir damit festgestellt, dass Cicero dem Sinne nach geschrieben haben muss:

---

[1]) Orat. 46, 156 centuriam, ut censoriae tabulae loquuntur, fabrum.



die Anordnung ist eine solche, dass die 18 Rittercenturien mit den 70 Centurien der ersten Classe nebst der zugehörigen centuria fabrum, wenn nur 8 Centurien von den übrigen hinzutreten, die Mehrheit haben.

Für jede Untersuchung, welcher es nur um den Inhalt von Ciceros Worten zu thun ist, ist dies Ergebniss vollkommen ausreichend.

Denn unbestimmt bleibt nur der eine Punkt, ob Cicero die Stimmen der equites mit der Zahl 18 oder als Summe von 12 + 6 angab. Darüber lässt sich aus sachlichen Gründen keine Entscheidung treffen; aber sachlich ist es auch gleichgültig, ob Cicero das eine oder andere that.

Da aber auch die Wortfassung als sachlicher Beweisgrund verwerthet ist, müssen wir bei der handschriftlichen Ueberlieferung noch verweilen.

Die zweite Hand giebt dem Sinne nach genau das, was wir, unabhängig von ihr, als Ciceros Berechnung fanden. Es ist zwar möglich, dass der zweite Schreiber nur auf Grund eigener Vermuthung den Text verbesserte. Und wenn er cum et suffragiis verbesserte in cum sex suffragiis [1]), so wäre es nicht geradezu unmöglich, dass er selbst darauf kam. Denn er hatte den vollständigen Text vor sich, und es ist sehr wahrscheinlich, dass Cicero, wo er unmittelbar vor unserem Bruchstück von der servianischen Neuordnung der Reiterei sprach, die Scheidung in sex suffragia und duodocim equitum centuriae erwähnte. Aber es ist trotzdem im höchsten Grade unwahrscheinlich, dass er auf Grund von Vermuthungen genau eben das fand, was Cicero dem Sinne nach geschrieben haben muss. Denn diese Vermuthungen lagen nicht auf der Oberfläche und waren nicht durch ein einfaches Rechenexempel zu finden. Sie setzen eine eindringende Untersuchung voraus, wie man sie bei einem späten Schreiber oder Corrector nicht annehmen darf. Darum ist die Annahme, der nichts im Wege steht, geboten, dass der zweite Schreiber aus der Handschrift, sei es derselben, sei es aus einer besseren, als sie dem ersten vorlag, den Text verbesserte.

---

[1]) Dies betonte Becker (Handbuch II, 1 S. 207) und, ihm folgend, andere.



Für die kritische Behandlung der Worte ist darum die Grundlage die zweite Hand. Nach dem, was wir festgestellt haben, giebt sie keinen sachlichen Anstoss; es bleiben nur grammatische Bedenken, die mit geringen Aenderungen gehoben werden können, falls man sie für begründet erachtet [1]). Für die sachliche Erörterung können wir darum ohne Schaden die überlieferte Fassung zu Grunde legen [2]).

Es ist zunächst der Zusammenhang zu erwägen, in welchem diese ganze Stelle steht.

Im ersten Buch seiner Schrift vom Staat hat Cicero durch den Mund des jüngeren Scipio die Lehre entwickelt, der beste Staat sei jener, in welchem das Königthum, die Adels- und die Volks-Herrschaft gewissermassen mit einander vereinigt seien. Im zweiten führt er den Nachweis, dass der römische Staat eine solche Vereinigung verwirkliche; unter diesem Gesichtspunkt giebt er eine Uebersicht der Entwicklung des römischen Staates. Gerade bei der servianischen Verfassung kam er auf seinen Grundgedanken zurück, wie das nächste handschriftliche Bruchstück (23, 42) zeigt.

Die Uebersicht konnte nur eine kurze sein. Das Stück, welches die Zeit vom ersten Jahr der Republik bis zum Sturz der Decemvirn behandelt, ist uns vollständig erhalten und umfasst vier Seiten einer heutigen Ausgabe; in diesem Abschnitt durcheilt Cicero einen Zeitraum, für den Livius zwei umfangreiche Bücher gebrauchte. Ciceros Darstellung der servianischen Verfassung, welche er in diesem Zusammenhang giebt, ist uns nur unvollständig erhalten; Anfang und Schluss

---

[1]) Ritschl hat dies beispielsweise selbst S. 311 gezeigt. — [2]) Nachdem durch du Rieu, Detlefsen, Mau der vaticanische Palimpsest neu verglichen war, ist es möglich gewesen, eine Lücke auszufüllen, welche Ritschls Untersuchung offen liess, und das Verhältniss der zweiten zur ersten Hand durch die ganze Schrift zu verfolgen. Strelitz (de antiquo Ciceronis de republica librorum emendatore 1874) hat jedenfalls erwiesen, dass zahlreiche Correcturen vom „emendator" aus handschriftlicher Quelle gemacht sind; Pfaff (de diversis manibus quibus Ciceronis de re publica libri in codice Vaticano correcti sunt 1883) weicht von ihm im wesentlichen nur darin ab, dass nach ihm der Emendator nicht aus der Vorlage des Abschreibers, sondern aus einem anderen Exemplar corrigirte.

fehlen. Es können also in dem Verlorenen noch andere thatsächliche Angaben gestanden haben. Aber es wäre verkehrt, von Cicero in diesem Zusammenhang eine Darstellung der servianischen Verfassung mit all den Einzelheiten zu erwarten, die Livius und Dionysius berichten. Ihre militärische Bedeutung übergeht er gänzlich.

Er giebt zunächst kurz die dreifache Gliederung des Volkes nach ordines, census, aetas an und lässt Scipio sagen: Wenn diese Gliederung (quae discriptio) euch unbekannt wäre, würde ich sie auseinandersetzen; nun aber (nunc = νῦν δέ) erkennt ihr u. s. w., d. h. nun aber habe ich es nicht nöthig, weil sie euch bekannt ist; ich kann mich begnügen, ihren Grundgedanken (rationem nämlich discriptionis) zu erläutern. So konnte Cicero mit vollem Recht für seine Zeitgenossen schreiben. Er hatte nicht nöthig ihnen die dreifache discriptio darzulegen, weil sie in den wesentlichen Stücken fortbestand. Darum brauchte er weder die Begriffe classis und centuria, noch seniores und iuniores, noch equitum centuriae erst zu erklären. Sofern es sich aber nicht mehr um die allgemeinen Grundzüge, sondern um die besonderen Zahlenverhältnisse handelt, giebt er diese trotz der höflichen Wendung über die Bekanntschaft doch soweit an, als es für den Zweck seiner Schrift erforderlich war.

Den politischen Grundgedanken der servianischen Ordnung bezeichnet er dahin: es wurde ein allgemeines, aber ungleiches Stimmrecht geschaffen; die Mehrheit war unbedingt in den Händen der Besitzenden. Er begründet diesen Satz durch die Angabe der Zahlenverhältnisse von 97 und 96 und giebt also mittelbar für jeden Leser, der 2 Zahlen addiren kann, die Gesammtzahl der Stimmen; er giebt genau an, wie sich die Mehrheit aus 18 + 70 + 1 + 8 Stimmen zusammensetzte. Er that noch ein übriges, indem er (am Schluss des Bruchstücks) die ausser der centuria fabrum noch in der servianischen Verfassung auftretenden vier Centurien ausserhalb der Classen erwähnte.

Was hätte denn Cicero, der die ganze servianische Verfassung nicht als Wehrordnung, sondern ausschliesslich als Stimmordnung betrachtet, noch hinzufügen sollen? Etwa die einelnen Centurienzahlen der 4 unteren Classen? Für ihn, der

nicht Geschichte, sondern eine Staatslehre schrieb, wäre das höchst überflüssig gewesen, da er ausdrücklich hervorhob, das Stimmrecht dieser Classen war thatsächlich bedeutungslos. Oder etwa — und weiter fehlt an thatsächlichen Angaben nichts — die Steuersätze für die einzelnen Classen? Die Thatsache, dass die Reichen die Entscheidung in ihrer Hand hatten, hebt er zur Genüge hervor und bemerkt noch ausdrücklich: illarum autem sex et nonaginta centuriarum in una centuria tum quidem plures censebantur quam paene in prima classe tota. Mit diesen thatsächlichen Angaben war jeder Leser hinreichend über die ursprüngliche Form der servianischen Verfassung unterrichtet, um die politischen Auseinandersetzungen, auf die es Cicero allein ankam, zu verstehen [1]).

Die ganze Stelle ist in dem, was sie sagt und was sie übergeht, so einfach verständlich, dass es schwierig ist, Schwierigkeiten zu finden. Aber man hat sie gefunden.

Cicero soll gleichzeitig von der servianisehen und der reformirten Verfassung reden. Diese Ansicht Peters ist in etwas veränderter Form jetzt von Mommsen wieder aufgenommen und sogar als die allein mögliche hingestellt.

Thatsächlich ist zunächst festzuhalten: mit Ausnahme des Absatzes von der ratio und einer allgemeinen Bemerkung stehen sämmtliche Verba im Präteritum und das Subject aller activen Verba ist Servius Tullius. Wenn Cicero von den 96 Centurien der Minderheit sagt, tum quidem censebantur, so setzt er die Verhältnisse, welche er geschichtlich darstellt, in einen ausdrücklichen Gegensatz zu den Verhältnissen seiner [2]) eigenen Zeit.

---

[1]) Mommsen S. 275 Anm. bemerkt über die Stelle: „*Wenn Ciceros Scipio, nachdem er an die servianische Verfassung gelangt ist, es für überflüssig erklärt, sie seinen mit ihr wohl bekannten Zuhörern auseinanderzusetzen und lediglich die wesentlich durch die erste Classe gegebene Majorität und damit die in ihr verwaltende politische Tendenz kurz hervorhebt, so konnte er also nur sprechen in Bezug auf die derzeitigen Centuriatcomitien; denn diese mussten jedem seiner Pflicht genügenden Bürger genau bekannt sein, wogegen die zwischen der servianischen und der reformirten Verfassung obwaltenden Differenzen, wenn es ihm auf diese angekommen wäre, ebenso gut und mehr als das Meiste, was er vorträgt, hätten erörtert werden müssen.*“ — [2]) Aeusserlich zur Zeit des jüngeren Scipio; doch macht Cicero zwischen dieser und seiner eigenen keinen Unterschied.

Auf den Absatz über die ratio folgt unmittelbar in quo etiam verbis ac nominibus ipsis fuit diligens, wozu Subject Servius Tullius ist. Auch ein Zeitgenosse Ciceros konnte demnach seine Auseinandersetzungen über die Mehrheitsbildung nicht anders verstehen als dahin, dass sie jedenfalls schon für die servianische Ordnung galten. Nach der allgemeinen Ansicht, der auch Mommsen folgt, hatte in der ursprünglichen servianischen Verfassung die erste Classe 80 Centurien. Wenn Cicero ihr 70 Centurien gab, so hat er also in jedem Falle eine falsche geschichtliche Angabe gemacht. Daran wird auch durch die Annahmen Mommsens nichts geändert.

Seine Ansicht, Cicero behandele die servianische Ordnung als unverändert fortbestehend, wird einmal damit begründet, dass Cicero sonst nicht hätte schreiben können quae discriptio si esset ignota etc. Wir haben schon vorher die einfache Erklärung der Worte gegeben. Sachlich geboten aber sei, fährt Mommsen fort, seine Ansicht; *„denn es ist ebenso unmöglich, Ciceros Angaben mit dem Annalen-Bericht über die servianischen Classen in Einklang zu bringen, wie sie vortrefflich in die reformirte Ordnung sich fügen."*

Uebereinstimmung und Abweichung drehen sich thatsächlich um ein und denselben Punkt, die Zahl 70.

Folgerungsweise erschliessen wir diese Zahl für die erste Classe der reformirten Ordnung. Sonst haben wir über deren Zahlenverhältnisse nur die livianische Angabe, die Gesammtzahlen seien verschieden gewesen. Dieser Angabe widerspricht Ciceros Schilderung, die auf 193 Centurien beruht. Das ist freilich nicht wunderbar, dass jene Schilderung, welche Mommsen von der reformirten Verfassung eben auf Grund seiner Auffassung Ciceros entwirft, mit dieser Auffassung vortrefflich übereinstimmt. Wer aber eine durch die andere zu beweisen wähnte, würde sich im Kreise bewegen.

Der einzige Widerspruch zwischen Cicero und dem annalistischen Bericht besteht wieder in den 70. Denn da Cicero die gleiche Gesammtzahl wie jener hat, so ist es keine neue Abweichung, sondern die nothwendige Folge der ersten, dass er den vier unteren Classen 10 Stimmen mehr giebt. Denn Abweichungen in den Zusatz-Centurien finden sich mehrfach auch zwischen Livius und Dionys; sie haben sammt

und sonders, auch nach Mommsen, mit dem Gegensatz von ursprünglicher und reformirter Verfassung nichts zu thun. Zwei verschiedene Zahlangaben über dieselbe Sache sind freilich immer unvereinbar, und beide können wohl gleichzeitig falsch, aber nicht gleichzeitig richtig sein. Aber zwei geschichtliche Berichte werden dadurch nicht ohne Weiteres unvereinbar, dass sie zwei abweichende Zahlen enthalten.

Die Thatsache, dass Cicero eine falsche[1]) Angabe über die servianische Verfassung macht, wird auch durch Mommsens Annahmen nicht aufgehoben. Nur die Erklärung ihrer Entstehung wird eine andere. Nach Mommsen giebt Cicero wissentlich die falsche Zahl.[2]) Die Unterschiede in der Stimmordnung zwischen den beiden Ordnungen wären, soweit es sich um die Bildung der Mehrheit handelte, so gering gewesen, dass Cicero sie hätte übergehen können und übergangen hätte, da es sich für ihn nur um die Feststellung der vorwaltenden politischen Tendenz gehandelt habe. Diese Annahme wäre dann und nur dann eine mögliche Erklärung, wenn anderweitig bewiesen wäre, dass jene Unterschiede thatsächlich so geringfügig waren, das heisst, deutlicher gesagt, wenn jenes von Mommsen entworfene System bewiesen wäre. Niemals aber kann die nur unter dieser Voraussetzung mögliche Erklärung ein Beweisgrund für ihre Voraussetzung sein. Denn nothwendig ist diese Erklärung in keinem Fall. Nichts hindert die andere Annahme, dass Cicero einer abweichenden Angabe folgte, wie noch uns z. B. verschiedene Censusansätze für die erste Classe überliefert sind, oder dass er ein Versehen beging.[3]) Niemand hat an Cicero antiquarische Gelehrsamkeit rühmen können. Der Fluch einer hastigen Vielschreiberei, die alle Gebiete zu umspannen, alle Fragen eilfertig zu lösen strebt, hat sich vollauf an ihm erfüllt, und es sind ihm ärgere Dinge begegnet, als der nebensächliche Irrthum, den er hier wahrscheinlich begangen hat.

---

[1]) Um nicht zu weitläufig zu werden, merke ich nur beiläufig an, dass sich ein sicherer Beweis dafür nicht erbringen lässt, dass nothwendig Cicero und nicht der annalistische Bericht geirrt habe. — [2]) Dieselbe Ansicht hat schon Zumpt a. a. O. S. 151 vertreten. — [3]) Treffend sind darüber die Bemerkungen Beckers II S. 208.



Erstaunlich ist hier nur die Zähigkeit, mit der man sich gegen die einfachste Erklärung so lange gesträubt hat, um so mehr, als sich Ciceros Schriftstellerei seit Jahrzehnten einer ausgezeichneten Missachtung erfreut. Man kann sich diese Erscheinung nur so erklären, dass sich der Augenpunkt für die Einzelheiten der servianischen Verfassung vielen verschoben hat. Ihre Classenzahlen z. B. sind jedem schon von der Schule her geläufig; über keinen Theil des römischen Alterthums ist in unserem Jahrhundert so viel geschrieben und gestritten worden, als über die Centurienverfassung. So mochte unwillkürlich sich die Anschauung bilden, diese Dinge hätten für die Römer der Zeit Ciceros dieselbe Bedeutung gehabt, wie für uns. Und doch ist das, wie die Litteratur zeigt, ein trügerischer Schein. Es kann nicht reiner Zufall sein, dass unsere Kunde über die Aenderung der servianischen Verfassung so überaus dürftig ist, dass bei Cicero und Livius ebenso häufig von den Tribus und Centurien gesprochen wird, als äusserst selten von einzelnen Classen.

Die ganze Classenordnung war im letzten Jahrhundert der Republik für das wirkliche politische Leben bedeutungslos geworden. Wir hören wohl noch von Gegensätzen zwischen den Tribus, aber niemals von solchen zwischen den Classen. Nichts war in dieser Zeit so vortrefflich eingerichtet, als das Wahlbestechungswesen. Obwohl die höchsten Aemter nicht durch die Tribuscomitien, sondern durch die Centurien vergeben wurden, war die wohl geordnete Wahlbestechung auf die Tribus berechnet; res tribuaria heisst kurzweg der ambitus.

Wenn nun die Römer die Wissenschaften im Wesentlichen unter dem Gesichtspunkt des praktischen Nutzens pflegten, so darf es nicht befremden, wenn die geschichtliche Theilnahme für die Einzelheiten einer Ordnuug nur gering war, die selbst in ihrer veränderten Gestalt für das Leben nur untergeordnete Bedeutung hatte.

Wir kehren nach der kleinen Abschweifung noch einmal zu Cicero zurück, um Mommsens sprachliche Bemerkungen zu prüfen. Wir stellen uns dabei auf seinen eigenen Standpunkt und nehmen mit ihm an, dass die Ueberlieferung der zweiten

Hand einige Nachlässigkeiten der Rede enthält, aber im wesentlichen richtig ist.

Mommsen also schreibt:

„Sprachlich ist das Umschlagen der Darstellung in das Präsens (rationem videtis esse ut . . . habeat) aus dem Perfekt (vorher populus distribuit . . . . curavitque . . . ne plurimum valeant plurimi, nachher reliquaque . . . . multitudo . . . neque excluderetur suffragiis, wo der Conjunctiv offenbar von curavit abhängt) sehr wohl, aber auch nur dann gerechtfertigt, wenn in die Erzählung der von dem Könige getroffenen Einrichtungen das noch in der Gegenwart bestehende politische Resultat eingeschaltet wird."

Um dem Leser die eigene Prüfung zu erleichtern, setzen wir noch einmal die Worte, auf die es ankommt, im Zusammenhang hin:

curavitque quod semper in re publica tenendum est, ne plurimum valeant plurimi. quae discriptio si esset ignota vobis, explicaretur a me: nunc rationem videtis esse talem, ut equitum centuriae cum sex suffragiis et prima classis addita centuria quae . . . fabris tignariis est data LXXXVIIII centurias habeat quibus ex centum quattuor centuriis — tot enim reliquae sunt — octo solae si accesserunt, confecta est vis populi universa reliquaque multo maior multitudo sex et nonaginta centuriarum neque excluderetur suffragiis . . . nec valeret nimis . .

Zunächst beruht die Bemerkung, dass der Conjunctiv excluderetur „offenbar" von curavit abhänge, wohl nur auf einem Irrthum. Denn die Sätze mit excluderetur und valeret bilden das durch que angeschlossene Ende einer Periode, welche nach der überlieferten Fassung von rationem esse talem ut . . . . abhängt.

Zwischen diese Periode und die mit curavit ist noch eine Bedingungsperiode getreten; es ist also schlechthin unmöglich, dass zwischen den Worten confecta est vis populi universa reliquaque auf einmal im Gedanken des Schriftstellers und Lesers ein unsichtbares curavit eintreten und wirken soll.

Wir bedürfen ferner keiner besonderen Hülfsannahmen, um den Wechsel der Zeiten in einem so einfachen Satz wie curavit quod semper tenendum est, ne plurimi valeant plurimum

zu erklären, an dem bisher auch niemand Anstoss genommen hat. Die Worte ne . . . valeant sprechen einen abstracten Grundsatz aus, nicht eine bestimmte geschichtliche Thatsache; dieser Grundsatz wird von Cicero in den unmittelbar vorangehenden Worten als ein stets aufrecht zu erhaltender bezeichnet, und unter dem Einfluss des tenendum est tritt valeant ganz natürlich ein[1]).

In der Periode nunc videtis etc. nahm Ritschl den wesentlichen Anstoss keineswegs an dem Wechsel der Zeiten[2]), sondern an dem logischen und grammatischen Bau der Periode. In der That ist jener Wechsel auch nach der Fassung der zweiten Hand ohne jede Schwierigkeit zu erklären.

Wenn man eine frühere Verfassung beschreibt, so kann man sich auf einen doppelten Standpunkt stellen: entweder man giebt die Einzelheiten als Thatsachen, die einmal waren; oder man fasst die abstracten Beziehungen ins Auge, die zwischen den verschiedenen Theilen oder Bestimmungen obwalten. Alle Urtheile über rein abstracte Beziehungen sind einer zeitlichen Abstufung überhaupt unfähig; logische Wahrheiten, wie z. B. mathematische Sätze, haben kein Sein in dieser oder jener Zeit, sondern nur ein zeitloses Gelten: Um dies auszudrücken, gebrauchen die lateinische wie die deutsche Sprache gleichmässig das Praesens, das in solchem Fall nicht eine Zeitstufe des Seins oder Geschehens im Gegensatz zu anderen, sondern die immer währende Dauer des Geltens bezeichnet. Mit Recht spricht die Grammatik von einem Praesens logicum. Wenn ein Schriftsteller der Gegenwart von der servianischen Verfassung sagte: „ihr Grundgedanke ist den Besitzenden die Mehrheit zu sichern; es genügt, dass zu den 80 Stimmen der ersten Classe noch die 18 der Ritter hinzutreten" u. s. w., dann würde niemand daraus folgern, dass die servianische Verfassung noch in Kraft ist, ebensowenig würde man behaupten können, dass hier das Praesens historicum

[1]) Aehnlich sagt Cicero vorher von Numa 2, 14, 26 amoremque eis otii et pacis iniecit quibus facillime iustitia et fides convalescit. — [2]) Er führt als Beispiel einer vollkommen correcten Fassung S. 311 an: nunc rationem videtis esse talem ut . . . centurias habeant quibus . . . si accesserunt, confecta est . . . . . neque excludebatur nec valebat.

gebraucht sei, das im Deutschen überhaupt nur in der Dichtung verwendbar ist.

Es ist endlich sehr erklärlich, dass bei jeder solchen Auseinandersetzung für den Schriftsteller bald der eine, bald der andere Gesichtspunkt bestimmend ist, und demgemäss häufig ein Wechsel der Zeiten eintritt. Die Erscheinung ist so natürlich, dass sich aus jedem beliebigen Geschichtswerk der Gegenwart entsprechende Beispiele beibringen liessen. So finden sie sich auch sehr zahlreich in allen Abschnitten von Mommens Römischer Geschichte, welche Verfassungen behandeln [1]).

In der gleichen Weise findet der Wechsel der Zeiten in Ciceros Auseinandersetzung seine einfache Erklärung.

Wie unsere bisherige Untersuchung ergab, ist der Sinn und die Auslegung der viel angefochtenen Stelle Ciceros unabhängig von der Frage, ob der Wortlaut der sprachlichen Fassung von der zweiten Hand genau überliefert ist oder nicht. Sie hat Bedeutung nur noch für die Textkritik Ciceros, nicht mehr für eine Untersuchung der reformirten Verfassung. Da es sich hier nur um diese handelt, so lassen wir jene Frage ganz bei Seite, über die eine sichere Entscheidung nicht möglich ist [2]).

Aus der Thatsache, dass Cicero nur von der servianischen Verfassung handelt, folgt, dass sein vermeintliches Zeugniss über das Fortbestehen der servianischen Zusatzcenturien fortfällt. Wahrscheinlich sind sie in der nicht mehr militärischen Ordnung der reformirten Comitien als eigene Stimmkörper aufgehoben und bestanden nur als Corporationen fort.

---

[1]) Z. B. II [8] S. 116: „*Gracchus wollte ohne Zweifel eine feste Verwaltung .... dennoch beruht sein neues Verwaltungssystem .... dennoch zog er*“ u. s. w. Oder I S. 69: „*Dass der Staatshaushalt auf der Bürgerschaft ruht, versteht sich von selbst. Die wichtigste Bürgerleistung war der Heerdienst; denn nur die Bürgerschaft hatte das Recht und die Pflicht, die Waffen zu tragen. Die Bürger sind zugleich die ‚Kriegerschaft‘ ... in den alten Litaneien ist es*“ u. s. w. — [2]) Den wesentlichsten Anstoss giebt die Art, wie der Schluss der Periode (reliquaque etc.) an confecta est angeknüpft ist. Die vorgeschlagene Aenderung ut reliqua mildert ihn zwar, ist aber vom Standpunkt der Textkritik aus nicht sehr überzeugend.



Endlich nennt Cicero pro Planc. 20, 49, wo er die Bedeutung der centuria praerogativa erörtert, diese unius tribus pars. Mommsen (S. 274 Anm. 2) bemerkt dazu: *„von allen Centurien sagt er (Cicero) dies nicht und mit gutem Grunde.“* Im Sinne Mommsens soll also die Stelle bestätigen, dass nur die Centurien der ersten Classen ein Theil einer Tribus waren. Aber Cicero spricht dort weder von den Centurien im allgemeinen, noch von ihrem Verhältniss zur Tribus; er setzt einfach den Gedanken auseinander: wenn schon die centuria praerogativa, die doch nur der Theil einer Tribus ist, eine so hohe Bedeutung hat, so musste es für Plancius Wahl noch erheblicher sein, dass sich bereits einmal die sämmtlichen Tribus für ihn erklärt hatten[1]). Von anderen Centurien zu reden, war hier gar keine Möglichkeit geboten. Und sonst erwähnt Cicero das Verhältniss der Centurien zur Tribus überhaupt nicht.

IV.

Da sich die Stelle Ciceros ausschliesslich auf die servianische Verfassung bezieht, scheidet sie aus unseren weiteren Erörterungen über die reformirte gänzlich aus. Wir nehmen jetzt an, dass in der reformirten Verfassung die 35 Tribus in 10 × 35 Centurien zerfielen, die als Stimmkörper auftraten. Wir haben zu prüfen, ob sich entweder aus anderweitiger Ueberlieferung oder aus inneren Gründen Einwürfe gegen diese Annahme ergeben.

Man hat solche bekanntlich vor allem darin gefunden, dass an zahlreichen Stellen, wie behauptet wurde, als Wahlkörper der comitia centuriata die Tribus erscheinen. Die Mehrzahl jener Stellen ist längst erledigt. Aber es bleiben einige übrig, die wohl geeignet sind, Bedenken zu erregen.

Wir berücksichtigen nur die Gewährsmänner, welche aus eigener Anschauung die reformirte Ordnung kannten.

---

[1]) una centuria praerogativa tantum habet auctoritatis — — — aedilem tu Plancium factum esse miraris in quo non exigua pars populi, sed universus populus voluntatem suam declararit? cuius in honore non unius tribus pars, sed comitia tota comitiis fuerint praerogativa? Es steht also unius einfach um des Gegensatzes willen zu tota, genau wie in der Stelle de re p. die una centuria und die tota classis entgegengesetzt werden.



Polybius 6, 14, 7 schreibt *τοῖς γὰρ θανάτου κρινομένοις, ἐπὰν καταδικάζωνται, δίδωσι τὴν ἐξουσίαν, τὸ παῤ αὐτοῖς ἔθος ἀπαλλάττεσθαι φανερῶς, κἂν ἔτι μία λείπηται φυλὴ τῶν ἐπικυρουσῶν τὴν κρίσιν ἀψηφοφόρητος, ἑκούσιον ἑαυτοῦ καταγνόντα φυγαδείαν.* Ein Todesurtheil konnten nach den zwölf Tafeln nur die Centuriat-Comitien fällen. Darum folgern die Gegner des Pantagathus: entweder wurde in diesen tribusweise abgestimmt, oder Polybius hat über die römische Verfassung seiner Zeit eine falsche Angabe gemacht. Wie misslich die zweite Annahme ist, leuchtet ohne Weiteres ein, zumal ein Vorgang, wie ihn Polybius schildert, unter den gewöhnlichen Annahmen über das Abbrechen der Abstimmung kaum vorkommen konnte.

2) Cicero de leg. agr. 2, 2, 4 rühmt von seiner Wahl zum Consul: meis comitiis non tabellam vindicem tacitae libertatis sed vocem unam prae vobis indicem vestrarum erga me voluntatum ac studiorum tulistis; itaque me non extrema tribus suffragiorum, sed primi illi vestri concursus, neque singulae voces praeconum, sed una voce universus populus Romanus consulem declaravit. Der Gedanke: ich bin einmüthig und einstimmig von euch gewählt, wird hier durch einen dreifachen Gegensatz verdeutlicht. Der mittlere besagt dem Sinne nach: bei Anderen wird die Wahl erst durch die letzte Stimmabtheilung entschieden, die meinige war gesichert, als ihr euch zur Wahl einfandet. Es ist hier gleichgültig, ob man extrema im absoluten Sinne fasst als die letzte der $2n + 1$ Stimmen, welche überhaupt die reformirte Ordnung hatte, oder im relativen als $n + 1$te, mit deren Erlangung der Candidat gewählt war. Denn in beiden Fällen war die letzte Stimme durch eine centuria gegeben; in beiden waren die vorhergehenden, die $(2)n$te, $(2)n - 1$te u. s. w. Centurienstimmen verschiedener Tribus.

Aus Livius wird zwar mit Recht gefolgert, dass in der reformirten Ordnung die Centurien ausser durch den Beisatz seniorum und iuniorum und der Classe durch den Zusatz der Tribus unterschieden waren. Aber wie konnte Cicero solch' eine einzelne Centurie, z. B. Aniensis[1]) iuniorum classis illius

---

[1]) Da diese „letzte“ Abtheilung in keinem Fall eine Centurie der

als extrema tribus suffragiorum bezeichnen? Berechtigt war dieser Ausdruck nur dann, wenn die 10 suffragia, welche ein Tribus enthielt, in irgend einer Weise vereinigt waren.

3) An den 3 Stellen des Livius, wo die centuria praerogativa genannt wird (24, 7; 26, 22; 27, 6), wird sie als Aniensis, Veturia, Galeria iuniorum bezeichnet. Unter der gewöhnlichen Voraussetzung, dass in der reformirten Ordnung die praerogativa durchs Loos immer aus der ersten Classe genommen wurde, erklären sich jene Ausdrücke genügend. Denn Livius konnte den Zusatz der Classe als für seine Leser selbstverständlich fortlassen. Aber sie genügt keineswegs vollkommen für Erzählungen wie Livius 26, 22. Die Veturia iuniorum wird wegen einer unpassenden Wahl vom wahlleitenden Consul zwei Mal zurückgeschickt: tum centuria .... petiit a consule ... ut Veturiam seniorum citaret, velle sese cum maioribus natu conloqui et ex auctoritate eorum consules dicere. citatis Veturiae senioribus datum secreto in ovili cum iis conloquendi tempus, seniores de tribus consulendum dixerunt esse etc. Seine Betrachtungen über diesen Vorgang schliesst Livius mit den Worten: centuriam vero iuniorum seniores consulere voluisse quibus imperium suffragio mandaret, vix ut veri simile sit, parentium quoque hoc saeculo vilis levisque apud liberos auctoritas fecit. Wer die Annahmen des Pantagathus nicht kennt, kann diese Stelle schlechterdings nicht anders verstehen, als dass es je eine centuria Veturia seniorum und iuniorum und nur diese beiden in der tribus Veturia gab. Aber auch für die Zeitgenossen des Livius war es keineswegs selbstverständlich, dass die Veturia seniorum nur die centuria V. s. primae classis war. Bei dem engen Zusammenhang der Angehörigen derselben Tribus konnte auch ein Leser der augustischen Zeit daran denken, dass die praerogativa in dem schwierigen Fall mit den seniores ihrer ganzen Tribus in Berathung trat. Vorausgesetzt, dass das System des Pantagathus thatsächlich bestand, so machte Livius auch seinen Zeitgenossen gegenüber sich der Unklarheit schuldig. Entweder er meinte nur die seniores der ersten Classe; dann

---

ersten Classe gewesen sein kann, so hätte sie nach den Annahmen Mommsens den Zusatz von 2 oder 3 Tribusnamen führen müssen.

durfte er nicht allgemein von seniores sprechen. Oder er meinte sämmtliche 5 Centurien der seniores, dann durfte er nicht durch den Parallelismus der Ausdrücke Veturia iuniorum und Veturia seniorum den Gedanken erwecken, dass auch unter den seniores nur die centuria primae classis zu verstehen sei. Nun ist die Voraussetzung, unter welcher Livius dieser Tadel trifft, nicht über allen Zweifel erhaben. Insoweit sind die Gegner von Pantagathus Hypothese im Recht, wenn sie auf Grund dieser Stelle Bedenken erheben.

4) Livius in seiner bekannten Erzählung über die uneinigen Censoren des Jahres 550/204 berichtet 29, 37, 13 von M. Livius Salinator: praeter Maeciam tribum, quae se neque condemnasset neque condemnatum aut consulem aut censorem fecisset, populum Romanum omnem, quattuor et triginta tribus aerarios reliquit. Selbstverständlich wusste Salinator, der in einem nach Tribus gehaltenen Volksgericht zu einer Geldbusse verurtheilt sein muss, genau, welche Tribus ihn verurtheilt hatten. Aber woher kannte er das Verhalten sämmtlicher Tribus bei den Centuriatcomitien, die ihn zum Consul und Censor gewählt hatten? In diesen stimmten doch die Centurien derselben Tribus an sehr verschiedenen Stellen. Folgen wir der Ansicht Mommsens, dass in den Centuriatcomitien die Abstimmung nur so lange fortgesetzt wurde, bis die Mehrheit erreicht war, so wird die Frage noch dringender. Ueber Salinators Wahl zum Consul des Jahres 207 haben wir bei Livius 27, 34 einen ausführlichen Bericht. Andere Candidaten als C. Claudius und M. Livius traten nicht auf; ihre Wahl erfolgt ohne jede Opposition [1]. Nur die grössere Hälfte der Tribuscenturien kam also überhaupt dazu ihre Stimme abzugeben.

Man kann freilich sagen, einem so erbitterten Mann wie Salinator genügte es, dass unter den Tribuscenturien, die überhaupt zur Abstimmung kamen, sich jenes Verhältniss von 34 : 1 gezeigt hatte; er übertrug ungerecht, was nur von einzelnen Theilen festgestellt war, auf das Ganze. Aber unleugbar rufen Livius Worte den Eindruck hervor, als wenn in

[1]) Livius: adnisi omnes cum C. Claudio M. Livium consulem fecerunt, was zu der Nachricht über die tribus Maecia freilich nicht genau stimmt.



den Centuriatcomitien die Tribus irgendwie als Stimmkörper auftraten.

Wir können es bei diesen vier Stellen bewenden lassen; einige andere, die man allenfalls noch anführen kann, liefern nicht wesentlich neues[1]), und die Entscheidung hängt nicht von der Zahl der Zeugnisse ab.

Es war berechtigt, wenn man versuchte, mit der Uebertragung der Classeneintheilung auf die Tribus die Thatsache zu vereinigen, dass scheinbar die Tribus die Stimmen in den Centuriatcomitien führten. Dass die stimmenden Abtheilungen centuriae hiessen und waren, bezweifelt niemand. Es handelt sich nur darum: durch welche Form der Abstimmung ist es zu erklären, dass sie als eine tribusweise erfolgte angesehen werden konnte?

Es sind zunächst 3 Fälle denkbar:

1) es gab nur 70 Stimmen von 70 centuriae, deren jede eine Halbtribus war;

2) es stimmten zuerst 350 centuriae; ihre Stimmen wurden bei der ersten renuntiatio auch festgestellt, bei der zweiten aber die je fünf zusammengehörigen einer Halbtribus zu einer Gesammtstimme vereinigt;

3) es fand gar keine Vereinigung der 350 Stimmen statt, nur die Abgabe erfolgte nach Tribus.

Die erste Ansicht hat Madvig, die zweite Lange vertreten; die dritte ist früher einmal, mit anderen Hypothesen vermengt, von Göttling[2]) aufgestellt und soll, um nach dieser Richtung hin die Untersuchung abzuschliessen, gleich mit herangezogen werden.

Wir erinnern zuvor kurz an anerkannte Thatsachen über die römische Art das Ergebniss von Abstimmungen zu ermitteln. Aus den spanischen Stadtrechten[3]) wissen wir, wenn

---

[1]) So ist der zuletzt angeführten Stelle verwandt die Erzählung bei Livius 8, 37, 11 (daraus Valerius Max. 9, 10, 1), dass ein Candidat aus der Tribus Pollia niemals die Stimmen der Papiria erhielt. — Appian b. c. 1, 59 bezeichnet den Gegensatz zwischen der reformirten und der ursprünglichen Ordnung als τὰς χειροτονίας μὴ κατὰ φυλὰς ἀλλὰ κατὰ λόχους. — [2]) Geschichte der Römischen Staatsverfassung S. 383 ff. — [3]) Lex Malacitana 56, 57 und dazu Mommsens Bemerkungen (Abh. Sächs. Ges. II 1857) S. 426 f.



alle zur Wahl berufenen Abtheilungen gleichzeitig zur Abstimmung antraten, wie in Rom bei den Comitien der Curien und Tribus, so ward zunächst das Ergebniss der Abstimmung für jede einzelne Abtheilung verkündet (renuntiatio pro curia, pro tribu). Dann beginnt die zweite Ermittelung des Endergebnisses, wobei die Reihenfolge der Abtheilungen durchs Loos bestimmt wird; hierbei wird mit der renuntiatio nur so lange fortgefahren, bis die Mehrheit erreicht ist. Wer bei einer Wahl zuerst die zur Mehrheit nothwendige Zahl erreicht hat, wird als gewählt renuntiirt. Dieser zweite Satz gilt unbedingt auch für die Centuriatcomitien; fraglich ist nur, ob auch bei diesen zuerst alle Abtheilungen zur Stimmabgabe gelangten, oder ob bei diesen auch die Abstimmung dann abgebrochen wurde, wenn die Mehrheit erreicht war.

Gehen wir nun zur Prüfung der einzelnen Ansichten über, so hält Madvig [1]) für die einzig mögliche Annahme, *„dass sich in jeder (der 70) Centurien Bürger aller Classen befanden, vertheilt nach diesen, so dass die Classen gewissermassen in die Centurien aufgenommen waren.“* Madvig beruft sich zum Beweise auf Ciceros Schilderung Phil. 2, 33 [2]) und fährt fort: *„Wie nun die Bürger der ersten Classe hier ausser durch das Recht zuerst zu stimmen einen grösseren Einfluss erhielten, wissen wir nicht.“* Diese Ansicht würde freilich alle Schwierigkeiten der vorher besprochenen Stellen heben, aber sie schafft dafür Unmöglichkeiten. Sie führt zu der nothwendigen Folgerung, die Madvig auch gezogen hat: jede der 70 centuriae zerfiel in 5 classes.

Eine solche Umkehrung der ursprünglichen Eintheilung ist nicht nur an sich höchst unwahrscheinlich, sondern sie wird durch unmittelbare Zeugnisse widerlegt [3]), wonach auch in der reformirten Verfassung die Centurien als Unterab-

---

[1]) Die Verfassung und Verwaltung des Römischen Staates I S. 119. Gegen Madvig ist die Abhandlung von Genz gerichtet, Die Centuriatcomitien nach der Reform (1882); Madvigs Ansichten vertheidigt Gerathewohl, Die Reiter und die Rittercenturien zur Zeit der römischen Republik (1886) S. 85 ff. — [2]) Madvig bezieht die von Cicero genannte prima und secunda classis auf die Unterabtheilungen einer Centurie = Halbtribus. — [3]) Livius 43, 18 cum ex duodecim centuriis equitum octo censorem condemnassent multaeque aliae primae classis; de vir. ill. 57 cum eum duae classes condemnassent. (Sall.) de re publica 2, 8 lex

theilungen der Classen erscheinen. Sollte ferner die Abstufung nach Classen für das Stimmrecht irgend welchen Sinn haben, so war nur zweierlei möglich: entweder die Bürger der ersten Classen führten als Personen mehrere Stimmen, diese Annahme ist ausgeschlossen; oder die je 5 Abtheilungen stimmten getrennt und aus den Einzelstimmen wurde dann die Stimme der Centurie ermittelt.

Dieser zweite Gedanke liegt auch den Annahmen Langes[1]) zu Grunde, welcher die unmögliche Unterordnung der Classen unter die Centurien vermeidet. Er tastet weder die 350 Centurien, noch die Abstimmung nach Classsn an und beschränkt seine Annahmen auf die renuntiatio des Ergebnisses. Wir wollen mit ihm vorläufig annehmen, dass sämmtliche Centurien zuerst ihre Stimmen abgaben, und das Ergebniss im einzelnen (pro centuria) festgestellt wurde. Dann sei, wie es bei den Curien- und Tribuscomitien nachweislich geschah, die zweite renuntiatio erfolgt, um das Endergebniss festzustellen. Hiebei sei die renuntiatio nach Tribus und dem certus ordo tribuum in der Art erfolgt, dass je 5 Stimmen der centuriae seniorum und iuniorum einer Tribus zu je einer Gesammtstimme vereinigt wurden.

Diese Annahme würde allerdings erklären, wie man in Bezug auf die Centuriatcomitien von Tribus sprechen konnte, sie thut auch der Ueberlieferung nicht Gewalt an. Aber haltbar ist sie trotzdem nicht. Es fehlt für das angenommene Verfahren nicht bloss jedes Zeugniss, es fehlt auch jede Analogie im staatlichen Leben Roms. Vergebens fragt man ferner nach Grund und Zweck dieser Erschwerung eines ohnehin schwerfälligen Wahlverfahrens. Seitdem die Tribuscomitien den Centuriatcomitien im wesentlichen gleichgestellt waren, wurde die Verwendung der letzteren im allgemeinen auf die Fälle beschränkt, in denen sie gesetzlich vorgeschrieben war, das sind hauptsächlich die Wahlen der Oberbeamten. Gerade für diese wäre das Verfahren einer nachträglichen, rein

---

quam C. Gracchus in tribunatu promulgaverat, ut ex confusis quinque classibus sorte centuriae vocarentur.

[1]) Römische Alterthümer II^{3} S. 510, ausführlicher begründet in „De magistratuum Romanorum renuntiatione et de centuriatorum comitiorum forma recentiore“ = Kleine Schriften II S. 463—493.

rechnungsmässigen Zusammenlegung höchst unzweckmässig gewesen. Das erhellt selbst aus einem einfachen Fall: wenn 4 Bewerber um das Consulat vorhanden waren, so konnte der Fall eintreten, dass vielleicht ein Bewerber von allen 5 Centurien einer Halbtribus gewählt wurde, während für die zweite Stelle 2 für den zweiten, 2 für den dritten, 1 für den vierten Bewerber stimmte. Dann wäre nichts übrig geblieben, als zu einer zweiten Abstimmung zu schreiten oder zu loosen. Bei den Wahlen zur Prätur, wo seit 557/197 6, seit Sulla 8 Stellen zu besetzen waren, hätten Zersplitterungen der Stimmen sehr leicht eintreten können. Ein Verfahren, wie das angenommene, wäre denkbar nur für Gesetze und Gerichtsverhandlungen, bei welchen nur eine kontradiktorische Doppelfrage zu beantworten war.

Ein äusseres Hinderniss bilden endlich die Rittercenturien. Wurden die Stimmen der 5 Classen zu 70 zusammengelegt, so konnten die Ritter nicht 18 Einzelstimmen, das heisst 4 mehr als die erste und jede Classe behalten. Dies hat Lange auch selbst erkannt. Aber jeder Versuch, auch für diese eine Zusammenlegung nachzuweisen, steht in ausdrücklichem Widerspruch zu Livius 43, 16 und führt zu unhaltbaren Vermuthungen[1]).

Es bleibt noch die dritte Annahme, die ebensoviel Schwierigkeiten, wie die Langes, aber auf einfachere Weise wegräumen würde: Die Abstimmung erfolgte so, dass eine Tribus nach der anderen antrat, und ihre 2 × 5 centuriae gleichzeitig ihre Stimmen abgaben. Wenngleich die Stelle bei Cicero Phil. 2, 33 kritisch sehr bestritten ist, so genügt doch das, was in ihr feststeht[2]), auch diese Annahme als thatsächlich unhaltbar zu erkennen.

V.

Die bisherigen Versuche, das scheinbare Auftreten von Tribus in den Centuriatcomitien zu erklären, führen allesammt zu Widersprüchen gegen andere feststehende That-

---

[1]) Nach Lange S. 491 sollen die 18 Rittercenturien, zu je 3 zusammengelegt, die sex suffragia bilden. — [2]) Nämlich die Aufrufung der prima und secunda classis.

sachen. Wir suchen eine Lösung der unzweifelhaft vorhandenen Schwierigkeiten, indem wir die Art der Renuntiation in den Centuriatcomitien näher prüfen: Da es auf den numerischen Werth der Gesammtstimmenzahl dabei gar nicht ankommt, so bezeichnen wir diese Constante allgemein mit $2n + 1$.

Unbestritten ist, dass die zweite renuntiatio nur so lange fortgesetzt wurde, als bis die Mehrheit erreicht war. Da nach bekannten römischen Grundsätzen niemals eine Abtheilung ausfallen durfte, sondern nöthigen Falls durch Angehörige anderer Abtheilungen vertreten wurde, so war bei den Centuriatcomitien diese Zahl unabänderlich $n + 1$. Hatte bei der Schlussrenuntiation ein Bewerber diese Zahl erreicht, so erfolgte die Verkündigung seiner Wahl.

Es versteht sich aber keineswegs von selbst, wie früher einmal behauptet ist, dass auch die Abstimmung selbst nur so lange fortgesetzt wurde. Das moderne politische Leben kennt ein Abbrechen einer successiven Abstimmung nach erreichter Mehrheit überhaupt nicht; bei den Römern stimmen in den Curien- und Tribusversammlungen sämmtliche Abtheilungen. Ueberall im politischen Leben werden Fälle eintreten, wo es wichtig ist, festzustellen nicht bloss, dass eine Mehrheit vorhanden ist, sondern auch, wie gross sie ist, und wie sie sich zusammensetzt. Die namentlichen Abstimmungen der modernen Parlamente sind aus diesem Bedürfniss hervorgegangen.

Nun wird zwar von der ursprünglichen servianischen Verfassung berichtet, dass die späteren Classen nicht mehr zur Abstimmung kamen, wenn die Mehrheit erreicht war.[1]) Aber selbst wenn diese Angabe für die Zeit vor der Reform richtig sein sollte, so stehen für die reformirte Verfassung der gleichen Annahme bestimmte Zeugnisse entgegen. Cicero (de imp. Cn. Pomp. 1, 2) rühmt von sich ter praetor primus centuriis cunctis renuntiatus sum. Allerdings ist es möglich, diese Stelle zu erklären[2]) auch bei der Annahme, wie sie zuletzt wieder Mommsen im Staatsrecht (III S. 413) ver-

[1]) Dionys 4, 20; 7, 59; 10, 17. Livius 1, 43, 11 ibi si variaret, quod raro incidebat, ut secundae classis vocarentur geht offenbar von der gleichen Anschauung aus. — [2]) Es ist kaum nöthig, zu bemerken, dass cunctis oder omnibus in solchen Stellen nicht auf die $n + 1$



treten hat, dass die Abstimmung nach erreichter Mehrheit abbrach. Man muss dann annehmen, dass die Stimmen für die übrigen Prätorstellen sich der Art zersplitterten, dass mit der renuntiatio pro centuria bis zur letzten fortgefahren werden musste, weil für eine oder mehrere Stellen noch kein Bewerber die nothwendige Zahl von n + 1 Stimmen erhalten hatte. Wenn nun die ersten n + 1 Centurien, deren Stimmen bei der Schlussrenuntiation zur Verlesung kamen, Cicero an erster Stelle zum praetor gewählt hatten, so musste er nach der Verlesung der n + 1ten als praetor primus renuntiirt werden. Die übrigen n Centurien nannten wie die vorhergehenden jede 8 Namen und an erster Stelle gleichfalls Cicero. Rechtlich hatten diese weiteren, für Cicero abgegebenen, Stimmen keine Bedeutung mehr, aber durch die fortgesetzte renuntiatio konnte die Thatsache festgestellt werden, dass ihn alle Centurien gewählt hatten.

Wir sind über diese Wahl, wie über einen anderen Fall, den Cicero erwähnt[1]), nicht hinreichend unterrichtet, um beurtheilen zu können, ob die nothwendige Voraussetzung einer ausserordentlichen Stimmzersplitterung bei ihnen zutrifft. Nach bekannten Gesetzen der Wahrscheinlichkeitsrechnung ist es höchst unwahrscheinlich, dass sich drei Mal hintereinander bei den Wahlen zur Prätur derselbe verwickelte Fall zutrug. Aber es giebt andere Fälle, wo jene Voraussetzung ausgeschlossen ist. Die furchtbar ernste Lage Roms nach der Niederlage bei Cannae machte in der folgenden Zeit dem Parteitreiben bei den Wahlen ein Ende; traten einmal Versuche hervor, ungeeignete Männer zu wählen, so schritten die Magistrate sofort ein, und ihren ernsten Hinweisen auf die Lage des Staates fügte sich regelmässig die Bürgerschaft. Von mehreren dieser Consulwahlen, bei denen nur zwei Bewerber genannt wurden, sagt Livius[2]) „alle Centurien" wählten sie. Besonders belehrend ist sein Bericht (26, 18) über die Wahl

---

Stimmen bezogen werden kann, weil jeder, der überhaupt in Centuriatcomitien gewählt wurde, diese Zahl erhalten musste.

[1]) Cicero pro Sulla 32, 91 . . . diem quo consul omnibus centuriis P. Sulla renuntiatus est; vgl. in Vatin. 5, 11 cum P. Sestius quaestor esset cunctis suffragiis factus . . . — [2]) Liv. 26, 22; 27, 21; 28, 38 (vergl. 29, 22); ceterae centuriae 24, 9.

Scipios zum proconsul in Spanien. Niemand hatte sich überhaupt bis zum Wahltage gemeldet; da trat Scipio allein als Bewerber auf; iussi deinde inire suffragium ad unum omnes non centuriae modo, sed etiam homines P. Scipioni imperium esse in Hispania iusserunt. Die starke Hervorhebung ad unum omnes zeigt deutlich, dass hier alle überhaupt vorhandenen Centurien gemeint sind. Ein Schriftsteller konnte wohl in der Art übertreiben, dass er eine starke Mehrheit in Einstimmigkeit verwandelte, aber, wenn wir der Annahme folgen, dass stets in den Centuriatcomitien die Abstimmung nach erreichter Mehrheit abbrach, so hätte Livius etwas erfunden, was in einem solchen Fall nach römischer Ordnung niemals hätte vorkommen können. — Als im J. 554/200 die Kriegserklärung gegen Philipp von Macedonien beantragt wurde, weigerte sich die kriegsmüde Bürgerschaft; rogatio de bello Macedonico primis comitiis ab omnibus ferme centuriis antiquata est (Liv. 31, 6). Auch hier wird eine Abstimmung sämmtlicher Centurien vorausgesetzt, obwohl bei der allgemeinen Abneigung gegen den Krieg die Befragung von wenig mehr als der Hälfte genügt hätte.

Natürlich sind die angeführten Stellen allen denen bekannt, welche sich mit diesen Dingen beschäftigt haben. Aber vergebens haben wir nach einer Erklärung gesucht, wie diese Stellen unter der Annahme des Abbruches der Abstimmung zu verstehen seien.

Unseres Erachtens führen sie mit Nothwendigkeit zu der Annahme, dass in der reformirten Verfassung sämmtliche Centurien ihre Stimme abgaben, und dass für alle die renuntiatio pro centuria stattfand. Diese Annahme wird bestätigt durch die für die Centuriatcomitien bezeugte Loosung der Tribus.

Wir haben schon vorher kurz an das abweichende Verfahren der Römer bei der Feststellung des Endergebnisses erinnert. Gewählt ist, wer zuerst die absolute Mehrheit der Abtheilungsstimmen erreicht hat. Bei den Römern ist diese für jede Art der Comitien stets dieselbe feste Zahl; und, streng genommen, wird der Bewerber um ein Amt nicht mit mehr oder weniger Stimmen, sondern immer mit der gleichen festen Zahl gewählt.

Diese Ordnung beeinflusst aber nicht nur die Ehrenfrage, wer an erster oder zweiter Stelle u. s. w. als gewählt verkündet wird; sondern unter den vielen, nach unseren Begriffen seltsamen Folgen jener Ordnung ist wohl die seltsamste die, dass nach dem Wortlaut des Stadtrechts von Malaca der Fall eintreten konnte, dass von mehreren Candidaten gerade der durchfiel, welcher die meisten Stimmen erhalten hatte. Da allseitig anerkannt ist, dass die Vorschriften der spanischen Stadtrechte über das Wahlverfahren genaue Nachbildungen der römischen Ordnung sind, so verdeutlichen wir den Satz an den römischen Tribuscomitien. Aus zahlreichen Erwähnungen steht fest, dass da, wo mehrere Stellen derselben Magistratur zu besetzen waren, nicht der Reihe nach über die einzelnen Stellen abgestimmt wurde, sondern dass von jedem Wähler gleichzeitig so viel Namen genannt oder später aufgeschrieben wurden, als Stellen zu besetzen waren. Wenn z. B. von den 35 Tribus 2 curulische Aedilen zu wählen waren, so wurden 70 Namen aufgeschrieben, von denen höchstens je 35 gleichlautend sein konnten, und bei der Schlussrenuntiation wurden diejenigen als gewählt verkündet, welche zuerst 18 Stimmen erhalten hatten. Nehmen wir nur 4 Bewerber an, so konnte A die Stimmen der ersten 18 Tribus, die nach der Losung zur Renuntiation kamen, erhalten, während 10 dieser Tribus als zweiten B, 8 dagegen als zweiten C nannten. Von den übrigen 17 Tribus wählten alle für die eine Stelle C, für die zweite Stelle 8 B, 9 D. Dann wurden A und B mit je 18 Stimmen als Aedilen renuntiirt, und zwar A nach Verlesung der achtzehnten, B nach der der sechsundzwanzigsten Tribus. Dagegen fiel C durch, obwohl er 25 Stimmen erhalten hatte.

Das römische Verfahren, das Wahlergebniss festzustellen, war also nicht blos von Einfluss auf die Ehrenfrage der Reihenfolge, in welcher die Gewählten renuntiirt wurden, sondern konnte unter Umständen auf den Ausfall der Wahl bestimmend einwirken.[1]) Das mag nach modernen Begriffen

[1]) Dies hat Laboulaye (Les tables de bronze de Malaga, Revue hist. de droit français et étranger 1855 S. 571) richtig erkannt, obwohl er ein unmögliches Beispiel vorbringt, und seine übrigen Ausführungen verkehrt sind; richtiger Lange a. a. O. S. 482 ff.



seltsam erscheinen, wie manche unserer gegenwärtigen Einrichtungen einst fernen Geschlechtern der Zukunft sicherlich auch unbegreiflich vorkommen werden. Thatsächlich ist es nicht wunderbarer, als der Einfluss der gleichfalls durchs Loos bestimmten Praerogativa. In beiden Fällen liegt der Gedanke zu Grunde, dass im Loose nicht der Zufall, sondern der Wille der Götter waltet.

Dass auch bei den Centuriatcomitien vor der Schlussrenuntiation eine Loosung über die Reihenfolge stattfand, bezeugt ausdrücklich Lucan. Er schildert 5, 392 ff. eine Scheinwahl unter dem Diktator Caesar im Jahr 705/49:

fingit solemnia campi
et non admissae diribet suffragia plebis
decantatque tribus et vana versat in urna.

Nach der richtigen Erklärung dieser Stelle, welche zuerst Lange[1]) gegeben hat, schreitet Caesar nach der diribitio suffragiorum zur sortitio als Vorbereitung der Schlussrenuntiation. Wann aber fand die Loosung statt, z. B. bei den prätorischen Wahlcomitien der Zeit Ciceros? Die Anhänger der Abbrechungshypothese werden natürlich antworten: wenn 8 Bewerber die nothwendige Zahl $n + 1$ erreicht hatten, und nur im Falle, dass nicht 8 diese erreichten, nach der Abstimmung sämmtlicher Centurien. Man müsste dann annehmen, dass ausser der Liste für die Abstimmung der Centurien noch für jeden Bewerber eine besondere Liste geführt wurde, und dem wahlleitenden Magistrat jedesmal Anzeige gemacht wurde, wenn ein Bewerber die $n + 1$ Stimmen erreicht hatte. Dies Verfahren wäre modern gedacht, widerspräche aber den römischen Grundsätzen das Wahlergebniss festzustellen. Denn nach ihnen entscheidet nicht ohne weiteres die Zahl der abgegebenen Stimmen, und die Schlussrenuntiation ist keine blosse Formalität. Wir werden vielmehr durch die Analogie zu derselben Annahme geführt, welche unmittelbare Zeugnisse uns vorher schon als nothwendig erscheinen liessen: in der reformirten Ordnung stimmten sämmtliche Centurien, und nachdem für

[1]) A. a. O. S. 469, doch verwarf Lange mit Unrecht Lucans Zeugniss. — Die handschriftliche Ueberlieferung giebt „campus“ und das unmögliche „dirimit“.

jede die renuntiatio pro centuria erfolgt war, fand die Loosung für die Schlussrenuntiation statt.

Diese Loosung bezog sich nach Lucans bestimmten Worten auf die Tribus [1]). Ihre durchs Loos festgestellte Reihenfolge war also maassgebend für die Reihenfolge, in welcher die Abstimmungen der Centurien verkündet wurden.

Dies Verfahren war auch sachlich geboten, da eine Loosung unter den 350 Centurien selbst die Comitien ins Unendliche ausgedehnt hätte.

War die Reihenfolge der Tribus für die Schlussrenuntiation durchs Loos festgesetzt, so liess sich bei dieser ein doppeltes Verfahren einschlagen. Man konnte entweder auch jetzt nach den fünf Classen vorgehen und auf die 2 × 35 Centurien jeder Classe die durchs Loos bestimmte Folge der Tribus anwenden; oder man liess die Classen, deren Unterschiede schon bei der Abstimmung zur Geltung gekommen waren, jetzt bei Seite, und man renuntiirte die 10 Stimmen der iuniores und seniores derselben Tribus hinter einander.

Die ganze Reform ging darauf aus, die Centurienordnung in enge Verbindung mit den Tribus zu setzen und die Centurienversammlung der Tribusversammlung zu nähern. Darum

---

[1]) Mommsen S. 411 Anm. 1 setzt tribus an dieser Stelle gleich den Centurien der ersten Classe. Aber auch, wenn man mit ihm annimmt, dass die Abstimmung nach erreichter Mehrheit abgebrochen wurde, muss man trotzdem fragen, nach welchen Grundsätzen die Stimmen der übrigen Classen renuntiirt wurden. Bei dem Zudrang zum Consulat — sechs und mehr Bewerber werden öfter genannt — versteht es sich von selbst, dass die in Folge dessen eintretende Zersplitterung der Stimmen eine Befragung auch der unteren Classen häufig nothwendig machte. Bei den Consulwahlen für 538/216 traten 3 Bewerber für die patricische, 3 für die plebejische Stelle auf; am ersten Tage wurde nur C. Terentius gewählt (Liv. 22, 35). Desgleichen erhielt von 4 Bewerbern für das Consulat des J. 565/189 bei den ersten Comitien nur einer die erforderliche Stimmenzahl (Liv. 37, 47). In beiden Fälllen müssen also sämmtliche Centurien ihre Stimmen abgegeben haben. Unmöglich konnte sich die sortitio hier nur auf die Centurien der ersten Classe beziehen. Irgend eine Ordnung für die Renuntiation der anderen Stimmen musste doch für solche Fälle festgesetzt sein. Welcher Art diese gewesen sein sollte, wenn die Stimmcenturien der unteren Classen aus 2 und 3 Tribuscenturien zusammengesetzt gewesen wären, dürfte freilich schwer zu sagen sein.



ist unter den beiden möglichen Annahmen die zweite wahrscheinlicher.

Sie erklärt ausserdem in einfacher und befriedigender Weise die Stellen, an denen scheinbar die Tribus als Wahlkörper der Centuriatcomitien genannt werden.

Dichter können einen Theil eines Gegenstandes nennen und es der Phantasie des Lesers überlassen, die angeregte Vorstellung auf das Ganze zu erstrecken. So lange aber das Ganze nicht einem Theil gleich ist, kann Cicero in einer politischen Rede mit extrema tribus suffragiorum nicht eine einzelne Centurie, das Zehntel einer Tribus, sondern eben nur eine Tribus bezeichnet haben. Freilich nicht eine Tribus in dem Sinne, wie sie als konkreter Wahlkörper in den Tribuscomitien auftrat; darum braucht Cicero auch nicht wie sonst schlechtweg tribus allein. Sondern die Tribus als ideelle Zusammenfassung von 10 Centurienstimmen, wie sie bei der Renuntiation erschien, eine ideelle Einheit, die sich nicht treffender bezeichnen liess, als eben durch tribus suffragiorum.

Es ist aber ferner zu bedenken, dass in den Zeiten der reformirten Verfassung die Unterschiede der Classen überhaupt zurücktraten. Dagegen machte sich auch in den Centuriatcomitien der feste Zusammenhang der Tribulen derselben Tribus fühlbar, und für die Zeit Ciceros dürfen wir annehmen, dass der Regel nach die Centurien einer Tribus in gleichem Sinne ihre Stimme abgaben. Der innere Zusammenhang der Centurienstimmen einer Tribus kam zum äusseren, sinnfälligen Ausdruck bei der tribusweise erfolgenden Renuntiation. Es ist darum sehr begreiflich, dass man da, wo es auf eine genaue Bezeichnung nicht ankam, wo ausserdem für römische Hörer und Leser kein Missverständniss möglich war, auch in Bezug auf die Centuriatcomitien von dem thatsächlich entscheidenden Verhalten der Tribus sprach. Und jene Stellen des Livius, an denen von der Haltung einzelner Tribus in den Centuriatcomitien die Rede ist, finden somit eine befriedigende Erklärung.

Desgleichen werden Polybius Worte jetzt erklärlich. Sie stehen in einer kurzen Uebersicht der Rechte des römischen Volkes, welche er nicht als Jurist, sondern als Politiker für griechische Leser gab. Wie er bei Erwähnung des Volks-

gerichts im Multprozess nur von einer erheblichen Geldbusse (ἀξιόχρεων τίμημα) spricht, ohne die Provokationsgrenze näher zu bezeichnen, so übergeht er mit gutem Grunde bei Erwähnung des Exilrechts die Besonderheiten der doppelten Renuntiation. Worauf es für ihn nur ankam, war der Satz: der Verurtheilte behält die Freiheit, in die Verbannung zu gehen bis zum Augenblick, da der Volksbeschluss vollzogen ist. Thatsächlich war dies der Zeitpunkt, wo bei der Schlussrenuntiation die Centurienstimmen der letzten Tribus, welche die Mehrheit machten, zur Verkündigung kamen. Wollte Polybius diesen Zeitpunkt juristisch genau bestimmen, so hätte er seinen griechischen Lesern erst das römische Verfahren der doppelten Renuntiation entwickeln müssen. Es ist darum eine begreifliche und entschuldbare Ungenauigkeit, wenn er an Stelle der Stimmverkündigung die Stimmabgabe setzte und doch in Erinnerung an den wahren Verlauf die Erwähnung der Tribus beibehielt.

Nur an jener Stelle des Livius (S. 221), wo scheinbar nur 2 Centurien derselben Tribus auftreten, bleibt der Anstoss bestehen. Wir nehmen ihn an Livius Ausdrucksweise mit Recht; für uns liegt eine Unklarheit vor. Aber wenn die sachliche Annahme, zu der jene Stelle, für sich allein betrachtet, moderne Leser führen kann, für römische der augustischen Zeit undenkbar war, so bestand für sie auch die Gefahr jener falschen Auslegung nicht. Jede geschichtliche Schilderung setzt eine gewisse Kenntniss der behandelten Verhältnisse bei den Lesern voraus. Dass sich Livius hätte deutlicher ausdrücken können, ist gewiss. Indess jeder, der sich öfter mit Ausländern über heimische Verhältnisse unterhielt, wird an sich erfahren haben, wie sehr wir geneigt sind, was uns selber geläufig und vertraut ist, als selbstverständlich zu betrachten. Wir besorgen Missverständnisse nicht, die für uns selber durch die Kenntniss von mancherlei Nebenumständen ausgeschlossen sind, und wir rufen sie doch bei jenen hervor, die der gleichen Kenntniss ermangeln. —

Dagegen erfährt eine andere Thatsache jetzt eine neue Beleuchtung. Wir erinnerten schon daran, dass die ganze Wahlbestechung ausschliesslich nach Tribus organisirt war. Wir erkennen jetzt, warum es ausser der Stimmenzahl für die

Bewerber wichtig war, dass die Centurien derselben Tribus geschlossen für sie stimmten. Beim Consulat waren gewöhnlich mehrere Bewerber vorhanden; bei Zersplitterung der Stimmen konnten stets 3 bei der renuntiatio pro centuria die nothwendige Zahl von $n + 1$ Stimmen erreichen. Entscheidend war, für wen sie bei der Schlussrenuntiation zuerst festgestellt wurde. Hatten die drei Bewerber ungefähr gleich viel Stimmen erhalten, so standen die Aussichten desjenigen am besten, für den die meisten Stimmtribus geschlossen gestimmt hatten. Falls die Loosung für ihn nicht besonders ungünstig ausgefallen war, durfte er darauf rechnen, zuerst renuntiirt zu werden.

Wir haben die Lehre des Pantagathus nicht umgeändert, sondern nur nach einer Richtung hin weiter ausgeführt, auf die sich die Aufmerksamkeit erst nach dem Bekanntwerden der spanischen Stadtrechte richten konnte. Wir haben schliesslich noch der Einwände zu gedenken, die aus innern Gründen gegen jene Lehre erhoben sind. Am häufigsten ist seit Niebuhr auf die angenommene grosse Zahl von Stimmabtheilungen hingewiesen. Lassen wir die unsicheren und in jeder Beziehung gleichgültigen 5 Zusatzcenturien bei Seite, so waren $18 + 10 . 35 = 368$ Abtheilungen vorhanden, gewiss ein sehr umständlicher Wahlapparat. Aber aus Ciceros bekanntem Brief über die Wahl des Caninius Rebilus (ad fam. 7, 30) sehen wir, dass die Centuriatcomitien ein solcher thatsächlich waren. Diese Wahl im J. 709/45 eines consul suffectus, die unter dem Vorsitz des Dictator Cäsar glatt verlief, dauerte fünf Stunden[1]).

Wir haben ferner zu bedenken, dass jene 368 Centurien in 5 Abtheilungen antraten, und in der ersten 88, in den übrigen je 70 Centurien gleichzeitig stimmten. Die Masse der Stimmenden wird im Durchschnitt die gleiche gewesen sein, wie in den Tribuscomitien.

Wie schwach die Comitien im allgemeinen besucht waren, sagt uns Cicero[2]). Es mag rednerische Uebertreibung sein,

[1]) Wir haben es also in diesem Fall, wo es sich um die Ausführung eines Befehles Caesars handelte, mit einem Minimal-, nicht einem Durchschnitts-Werth zu thun. — [2]) pro Sest. 51, 109 venio nunc ad comitia sive magistratuum placet sive legum. leges videmus saepe

wenn nach ihm oft eine Tribus nur durch 5 Mann vertreten war und noch dazu nur scheinbar, weil man die 5 aus einer anderen Tribus nahm, damit die Abtheilung nicht ausfiel. Aber soviel dürfen wir seiner Schilderung entnehmen, dass die einzelnen Centurien in den Comitien der Regel nach von sehr geringer Kopfstärke waren. Demnach kann auch die Feststellung des Ergebnisses pro centuria nicht zu viel Zeit gekostet haben.

Erheblicher ist scheinbar der Einwurf, bei gleicher Stimmenzahl der Classen hätte der Fall eintreten können, dass die Zahl der in die erste Classe Eingeschätzten grösser war als die Zahl der Stimmberechtigten in einer niederen. Dann wäre das Stimmrecht der Vermögendsten ein schlechteres gewesen. Es ist noch kein Wahlsystem gefunden worden, das nicht unter Umständen zu Absurditäten führen kann. Die technischen Mängel der modernen Systeme sind oft genug behandelt [1]). Wir geben also auch für die Römer jene Möglichkeit ohne Weiteres zu. Mommsen hat früher dagegen geltend gemacht, dass die Censoren in solchem Fall Abhülfe schaffen konnten [2]). Wir halten diese Entgegnung für durchaus zutreffend. Wesentlicher aber ist die Thatsache, welche jener Einwurf übersieht, dass eine Stimmengleichheit nicht besteht. Denn die Vermögendsten haben nicht blos die 70 Centurien, sondern auch die 18 Rittercenturien. In der Zeit zwischen dem ersten und zweiten punischen Kriege, in welche die Reform gesetzt werden muss, wurden die Ritter jener Centurien, die equites equo publico, deren wahrscheinlich nie mehr als 1800 waren, aus den Vermögendsten genommen. Wenn diese 1800 in ihren 18 Abtheilungen ein Stimmrecht besassen, das an Gewicht beinahe einem Viertel einer ganzen Classe gleichkam, so lag darin eine genügende Ausgleichung

---

ferri multas: omitto eas quae feruntur ita, vix ut quini et ei ex aliena tribu qui suffragium ferant reperiantur.

[1]) Vergleiche R. v. Mohl, Encyklopädie S. 243, Bluntschli, Politik S. 473 ff. — [2]) R. G. I [7] (1881) S. 819: „*Indess wiegt dies an sich sehr gegründete Bedenken insofern nicht schwer, als die Censoren über die Abgrenzung der Stimmabtheilungen mit einer nach unseren Anschauungen befremdenden Willkür verfügten; vermuthlich schrieben sie, wenn dieser Fall eintrat, die niedrigst Besteuerten der höheren Classe der folgenden zu, bis die Kopfzahl wenigstens gleich war.*“

auch für etwaige Ungleichheiten zwischen der ersten und zweiten Classe.

Wir dürfen uns endlich nicht einseitig durch moderne Anschauungen bei der Beurtheilung eines römischen Wahlsystems leiten lassen. Wir sind gewohnt, bei Wahlen einzig und allein die Zahlenverhältnisse ins Auge zu fassen. Bei den Römern waren sie nicht allein entscheidend. Für moderne Begriffe ist die Wichtigkeit des Vorstimmrechts fast unverständlich geworden; die Römer haben seinen Werth sehr hoch angeschlagen. Dies beweisen nicht blos bekannte Aussprüche[1]) und einzelne Vorfälle[2]), sondern noch mehr die Thatsache, dass die Reform es den Rittern, das heisst für jene Zeit dem alten Adel, nahm. Aber es blieb der ersten Classe. Diese Wichtigkeit der praerogativa beruht auf dem Glauben oder Aberglauben, dass sich in ihrer Abstimmung der Wille der Gottheit ominis instar offenbart.

„Man kann die Wichtigkeit des Vorstimmrechts nicht hoch genug veranschlagen“, schreibt darum mit vollem Recht Mommsen in der Römischen Geschichte[3]).

Wenn ausser dem Mehr von 18 Stimmen dieses überaus wichtige und einflussreiche Recht der ersten Classe, also den Vermögendsten, blieb, so ist man nicht berechtigt, dies ganze Wahlsystem „albern“ zu schelten. Auch die sachlichen Einwände gegen Pantagathus Lehre sind hinfällig.

Um unsere Untersuchung über die Abstimmungsordnung der reformirten Verfassung zum Abschluss zu bringen, haben wir noch die 18 Rittercenturien zu untersuchen. Nach Livius (1, 43, 11) Zeugniss steht für die ursprüngliche Ordnung fest, dass sie vor der ersten Classe stimmten, ebenso für die spätere, dass ihnen das Vorstimmrecht genommen war.

Unter den 18 Centurien wurden unterschieden 6 ältere und 12 jüngere; für jene bezeugen Cicero an der vorher be-

---

[1]) Cicero pro Plancio 20, 49 una centuria praerogativa tantum habet auctoritatis, ut nemo unquam prior eam tulerit, quin renuntiatus sit aut iis ipsis comitiis consul aut certe in illum annum; de divin. 1, 45, 103 praerogativam enim maiores omen iustorum comitiorum esse voluerunt. — [2]) Liv. 5, 18 und die S. 221 angeführten Stellen. — [3]) I[8] (1888) S. 820.



handelten Stelle und Festus p. 334 den Namen sex suffragia [1]). Die bestrittene Frage, ob in der servianischen Verfassung zwischen beiden Gruppen ein Unterschied in der Zusammensetzung bestanden hat, berührt uns hier nicht. Denn für die Zeit der reformirten Ordnung bestand ein solcher nachweislich nicht [2]). Mochte sich im streng amtlichen Sprachgebrauch die Bezeichnung sex suffragia erhalten, in der gewöhnlichen Rede bezeichnete man mit equitum centuriae sämmtliche 18 Rittercenturien [3]).

Die Schilderung der Wahl Dolabellas zum Consul im J. 710/44, welche Cicero Philipp. 2, 33 giebt, lautet nach der Ueberlieferung: Ecce Dolabellae comitiorum dies: sortitio praerogativae; quiescit. renuntiatur; tacet. prima classis vocatur [renuntiatur]; deinde, ita ut adsolet, suffragia; tum secunda classis vocatur; quae omnia sunt citius facta quam dicta. confecto negotio bonus augur — C. Laelium diceres — 'alio die' inquit. Nimmt man an, wie heute die Meisten [4]), dass renuntiatur an der zweiten Stelle durch Versehen wiederholt ist und streicht es demgemäss, so wird die Stelle klar und verständlich. Man hat aber Anstoss genommen an den Worten ita ut adsolet; sie seien störend, weil man nicht recht einsehe, was Cicero bestimmt haben mochte, eine so selbstverständliche Handlung mit einem solchen Zusatz einzuführen.

Niebuhr nahm bekanntlich an, unter den suffragia seien hier die sex suffragia zu verstehen. Selbst dieser Ausdruck kommt in der ganzen römischen Litteratur nur an den beiden vorher genannten Stellen vor; nach Livius [5]) (1, 36, 8) war die später übliche Bezeichnung überhaupt nicht sex suffragia, sondern sex centuriae. Unmöglich kann also suffragia ohne Beisatz = sex suffragia genommen werden. Falls Cicero von ihnen gesprochen hätte, müsste das Zahlwort ausgefallen sein.

Nehmen wir dies für den Augenblick an, so hat man

---

[1]) Völlig räthselhaft ist die Entstehung der Bezeichnung; der ältesten, rein militärischen Centurienordnung kann sie nicht angehören. — [2]) Wie Mommsens Staatsr. III S. 254 bewiesen hat. — [3]) Z. B. Cicero pro Mur. 26, 54; 35, 73 ad fam. 11, 16 Q. Cicero pet. cons. 8, 33. — [4]) Doch ist Mommsen jetzt (Staatsrecht III S. 254; anders Römische Forsch. I S. 136) der Niebuhrschen Auffassung wieder beigetreten. — [5]) quas nunc, quia geminatae sunt, sex vocant centurias.

gänzlich übersehen, dass der einzige Anstoss, welcher bei der ersten Annahme möglich ist, bei der zweiten ganz unverändert bestehen bleibt. Denn als nothwendige Folgerung der Lesart sex suffragia oder der Auffassung von suffragia im Sinne der sex suffragia ergiebt sich, dass diese in der reformirten Verfassung in der Abstimmungsordnung ihren festen Platz zwischen der ersten und zweiten Classe gehabt haben müssten. Hätte diese Ordnung thatsächlich bestanden, so wäre es für Ciceros Zeitgenossen genau ebenso selbstverständlich gewesen, dass nach der Abstimmung der prima classis die sex suffragia aufgerufen worden, als dass dem Aufruf der prima classis die Stimmabgabe folgte; der Zusatz ita ut adsolet wäre für sie im einen Fall genau so entbehrlich gewesen als im zweiten[1]). Nach dieser Richtung hin hat die Niebuhrsche Auslegung nichts vor der anderen voraus. Dagegen fragt man bei ihr vergebens, warum denn Cicero, wenn er überhaupt die Ritter von der ersten Classe gesondert anführt, zwar die sex suffragia, aber nicht die 12 equitum centuriae erwähnt.

Entschieden wird meines Erachtens die Auslegung dieser Stelle, wenn man mit ihr die entsprechende Schilderung einer Wahl in den Tribuscomitien (pro Planc. 20, 49) vergleicht: vocatae tribus, latum suffragium, diribitae *tabellae,* renuntiatae. Hier wie dort folgt suffragium dem vocare.

Anders steht es mit Livius 43, 16: cum ex duodecim centuriis equitum octo censorem condemnassent multaeque aliae primae classis ... Die Erklärung, dass Livius nur von 12 Centurien spricht, weil die sechs anderen erst nach der ersten Classe stimmten, ist vom Standpunkt der Textauslegung aus nicht anzutasten. Aber sie schafft andere Unbegreiflichkeiten. Die sex suffragia müssten also zwischen der ersten und zweiten

[1]) Warum Cicero den entbehrlichen Zusatz macht, ist gar nicht schwer zu erkennen. Er will nachdrücklich hervorheben: bis zum Aufruf der zweiten Classe ging alles seinen herkömmlichen Gang; da griff auf einmal Antonius ein. — Confecto negotio ist eine der Uebertreibungen, von denen die zweite Philippica strotzt; denn welche Annahme man auch über die Centurienzahl aufstellen will, mit der Berufung der zweiten Classe war das Wahlgeschäft in keinem Fall zu Ende. Wenn Antonius nach der sortitio praerogativae eingegriffen hätte, würde sich Cicero in dieser Rede vermuthlich ebenso wenig gescheut haben, confecto negotio zu sagen.

Classe oder mit dieser gestimmt haben. Es ist kein Grund zu finden, warum die Römer bei der Reform das Herkommen durchbrochen und die bisher zusammen abstimmenden Rittercenturien in 2 Stimmkörper zerrissen haben sollten. Das Vorstimmrecht war allen genommen; im übrigen machte es für den Werth des Stimmrechts gar keinen Unterschied, ob die 6 Centurien mit oder unmittelbar nach der ersten Classe stimmten. Die Massregel wäre also nur als eine praktisch bedeutungslose Ehrenminderung aufzufassen. Man könnte allenfalls die Zurücksetzung begreifen, wenn die sex suffragia in ihrer Zusammensetzung rein patricisch geblieben wären. Da aber anerkannter Maassen das Gegentheil stattfand, da aus historischer Zeit sonst überhaupt kein Unterschied zwischen beiden Gruppen angebbar ist, so ist die Annahme einer verschiedenen Stellung in der Stimmordnung höchst unwahrscheinlich.

Wir haben also zu wählen zwischen einer unbegreiflichen Einrichtung und dem Zugeständniss, dass wir nicht erklären können, warum Livius die sex suffragia übergangen hat [1]). Dass Irrthümer und Versehen in Schriften aller Zeiten vorkommen, deren Entstehung späterhin nicht mehr erkennbar ist, wird Niemand leugnen. Wir halten also die Annahme für wahrscheinlicher, dass Livius oder sein Gewährsmann aus Irrthum, Versehen oder Flüchtigkeit die sex suffragia übergangen hat, als die Annahme einer unerklärlichen Verfassungseinrichtung.

Wahrscheinlich stimmten also in der reformirten Ordnung die sämmtlichen 18 Rittercenturien mit der ersten Classe.

In welcher Reihenfolge innerhalb der 5 Classen die 70 Centurien stimmten, wird nicht überliefert. Welche beobachtet wurde, war für den Ausfall ganz gleichgültig, es kam nur darauf an, dass überhaupt irgend eine feststand. Am natürlichsten ist die Annahme, dass nach der Aufforderung des Magistrats zum Auseinandertreten (discedere) die pedites des Stimmheeres sich zunächst nach den 35 Tribus in der Reihenfolge des certus ordo tribuum aufstellten; nach der Loosung

[1]) Die anderen Versuche, die Uebergehung zu erklären, bedürfen als ganz hinfällig keiner Anführung.



und Abstimmung der praerogativa schritten dann die seniores und iuniores der ersten Classe jeder Tribus gleichzeitig und mit ihnen die 18 Rittercenturien zur Abstimmung. Das Ergebniss der Abstimmung der einzelnen Abtheilungen wurde für jede besonders verkündet; entweder auch nach dem ordo tribuum oder wahrscheinlicher einfach in der Reihenfolge, in welcher die Abstimmungen dem Magistrat gemeldet wurden, je nachdem eine Abtheilung früher oder später fertig war. Wenn die Abstimmung der 88 Centurien beendet war, wurde die zweite Classe berufen; von den Tribuscomplexen lösten sich abermals je 2 Centurien und schritten zur Abstimmung; und so fort, bis sämmtliche Classen abgestimmt hatten. Dann erfolgte die Loosung der Tribus für die Schlussrenuntiation [1]. Nach der durchs Loos festgestellten Reihenfolge geschah die Renuntiation der 10 Centurienstimmen jeder Tribus, bis die Mehrheit festgestellt, oder bei Wahlen die nothwendige Zahl von Stellen besetzt war.

Mehr vielleicht, als manchem Leser genehm war, haben wir in dieser Abhandlung von mathematischen Begriffen und Bezeichnungen Gebrauch machen müssen. So mag es in einem hingehen, wenn wir schliesslich noch einmal an ein Beweisverfahren erinnern, das der Mathematik nicht eigenthümlich ist, aber in ihr sich als besonders fruchtbringend erwiesen hat; ich meine den Beweis durch Ausschliessung, bekannt vor allem in seiner besonderen Form als Beweis durch Eingränzung. Wie jeder weiss, beruht sein Wesen darin, dass nach vollständiger Disjunktion sämmtlicher denkbaren n Fälle n — 1 als unmöglich erwiesen werden; die einzig übrig bleibende Annahme ist dann nothwendig.

Als einen Ausschliessungsbeweis im Grossen für Pantagathus Lehre dürfen wir auch die zahlreichen Untersuchungen unseres Jahrhunderts über die reformirte Verfassung betrachten. Die Liviusstelle legte die Verpflichtung auf, die 3 Eintheilungen nach tribus, classis, centuria mit einander zu verbinden.

[1] Wie es bei dieser mit den 18 Stimmen der Ritter gehalten wurde, wird nicht überliefert. Man konnte ihnen ein für alle Mal einen festen Platz anweisen, oder sie als besondere Abtheilung mit den 35 Tribus mitloosen lassen.

Rechnungsmässig sind 6 Möglichkeiten vorhanden[1]; davon scheiden 2 ohne Weiteres aus, weil die centuria nicht als oberster Eintheilungsgrund verwandt werden kann. Es bleiben zwei Hauptfälle: entweder die Classen waren nach Tribus, oder die Tribus waren nach Classen geordnet. Die erste Annahme ist seit Huschke in mannigfaltigen Abwandlungen vertreten worden. Alle diese Versuche müssen bestimmte Tribus ausschliesslich einer besonderen Classe zuweisen. Abgesehen davon, dass alle diese Zutheilungen auf reiner Willkür beruhen, widerspricht der Grundgedanke dem feststehenden Charakter der Tribus in der Zeit der Reform. Eine Wiederholung solcher Versuche ist wohl kaum zu befürchten.

Blieb demnach die Eintheilung nach Tribus als oberste bestehen, so waren zwei Unterfälle möglich: Die einzelne Tribus zerfiel in 2 Centurien, diese in 5 Classen oder nach der Eintheilung in Classen in 2×5 Centurien. Die erste Annahme, die zuletzt Madvig vertrat, erwies sich als unmöglich. So bleibt eben nur als letzter möglicher Fall die Annahme des Pantagathus, jede Tribus zerfiel in 2×5 Centurien.

War dies Ergebniss befestigt, so entstand die weitere Frage: ist die Zahl dieser Centurien der Zahl der Stimmkörper in den Centuriatcomitien gleich gewesen oder nicht? Kam man auf Grund anderer Erwägungen zu der Annahme der Ungleichheit, so konnte unter den beiden logischen Möglichkeiten sachlich nur die eine in Betracht kommen, dass die Zahl der Stimmkörper kleiner war. Dann musste irgend welche Zusammenlegung der 350 Centurien stattfinden und zwar entweder in Wirklichkeit, so dass verschiedene Centurien einen Stimmkörper bildeten, oder nur rechnungsmässig, so dass aus den thatsächlich abgegebenen 350 Stimmen $\frac{350}{n}$ gebildet wurden. Zur ersten Annahme führte die viel verbreitete, aber unhaltbare Behauptung, die Gesammtstimmenzahl sei unverändert geblieben. Die zweite ging hervor aus dem Bestreben, zu erklären, wie scheinbar mitunter die Tribus als Wahlkörper genannt werden. Alle diese Versuche, eine Zusammenlegung

[1]) Denn die Zahl der Permutationen von 3 Elementen ist $= 3 \cdot 2 \cdot 1$.



von Stimmen in der einen oder anderen Form nachzuweisen, haben wir als undurchführbar erkannt. So bleibt eben nur die Möglichkeit übrig, dass in der reformirten Verfassung die 5 Classen in 10 · 35 Centurien nicht bloss getheilt waren, sondern auch thatsächlich abstimmten, und dass 350 Stimmen gezählt wurden.

Alle Widerlegungen anderer Ansichten in dieser Arbeit hatten nur das eine Ziel, die Wahrheit dieses Satzes zu erweisen. Sie bleibt ganz unabhängig davon, ob man dem zustimmt, was wir über das Verfahren bei der Renuntiation entwickelten. Unsere Ausführungen räumen in einfacher Weise Schwierigkeiten weg, die bisher nicht zu lösen waren, ohne dass ihnen, soweit ich selber zu sehen vermag, irgend ein Zeugniss oder ein sachliches Hinderniss im Wege stände. Aber sollte man sie mit Gründen und nicht bloss mit Machtsprüchen widerlegen können, so würde damit nur ein Anhang beseitigt, nicht der Hauptsatz, dessen Wahrheit von ihm unabhängig ist.

Um zweifelhaftes von sicherem möglichst scharf zu trennen, haben wir von allen geschichtlich-politischen Betrachtungen gänzlich Abstand genommen. Sie treten erst dann in ihr Recht, wenn die Thatsachen sicher festgestellt sind; diese betreffen hier in letzter Linie bestimmte Zahlenverhältnisse. Sie sind zu ermitteln durch genaue Auslegung und Abwägung der vorliegenden Zeugnisse; aber die beliebten Betrachtungen über den mehr oder minder demokratischen Charakter der Reform, von denen eine immer der anderen widerspricht, können zur Ermittlung nichts beitragen, sondern haben nur Verwirrung gestiftet.

Unsere Arbeit aber hat ihre Bestimmung erfüllt, wenn es uns gelungen ist, den Nachweis zu erbringen, dass nunmehr sämmtliche möglichen Annahmen über die reformirte Verfassung und besonders über ihre Stimmordnung thatsächlich aufgestellt und durchgearbeitet worden sind, dass aber von ihnen allen nur die Ansicht des Pantagathus als allein möglich übrig bleibt, und dass die Schwierigkeiten, welche sie bestehen liess, in einfacher Weise aufzuklären sind. Es ist gewiss ein karger Ertrag, welchen die emsige Arbeit so vieler Gelehrten diesem steinigen Felde der Forschung abgerungen

hat. Aber nur, wenn lebendige Quellen neuer Erkenntniss hervorbrechen sollten, dürften wir hoffen, dem erschöpften Boden eine reichere Ernte abzugewinnen.

Berlin. Elimar Klebs.

X.

Gordians Decret von Skaptoparene.

Von

Theodor Mommsen.

In Thrakien, in dem noch heute gut angebauten und besonders weinreichen Thal des Strymon, im Gebiet der alten Stadt Pautalia, ungefähr 30 Milien südöstlich von derselben, liegt das bulgarische Dorf Dschumaja, in alter Zeit, wie die unten mitgetheilte Inschrift ergeben hat, Skaptoparene genannt. Eine halbe Stunde davon, in der Localität Gramadi, wurde im J. 1868 die Marmortafel gefunden, welcher dieselbe entnommen ist [1]). Zu Grunde liegt dabei eine von Konstantinos Kapélas genommene Abschrift des damals vollständigen Steins. Ausser dieser ist dem archäologischen Institut in Athen durch Herrn A. Kontoleon in Smyrna ein Abklatsch desselben zugekommen; da indess inzwischen der obere Theil des Steins abgeschlagen und was noch vorhanden, übel zugerichtet ist, sind wir für jenen ganz und auch sonst häufig auf Kapélas Abschrift angewiesen. Die vorzugsweise wichtigen lateinischen Abschnitte sind von diesem, der kein Latein verstand, Buchstab für Buchstab — allerdings mit Auslassung einer Zeile — abgeschrieben worden und der Text kann hier auch für den verlorenen Theil als gesichert gelten; in den griechischen Actenstücken ist dies weniger der Fall und bleiben verschiedene Stellen recht unsicher. Veröffentlicht ist die Inschrift von dem oben genannten Herrn Kontoleon und zwar der griechische Theil in

---

[1]) Jireček (Sitzungsberichte der Berliner Akademie 1881 S. 468 und arch. epigr. Mitth. aus Oesterreich 1886 S. 75) hatte Kunde von der Inschrift, aber bemühte sich vergeblich um Abschrift derselben.

dessen *ἀνέκδοτοι μικρασιαναὶ ἐπιγραφαί* Heft 1 (Athen 1890) S. 36 fg.; das ganze Document, mit Bemerkungen von Wilamowitz, Wolters und mir, in den Mittheilungen des athenischen Instituts Bd. 16 S. 267 fg.; Kapélas Abschrift und den Abklatsch habe ich selber einsehen können.

Die Disposition der Inschrift ist auffallend und auch für die sachliche Behandlung zu berücksichtigen. Sie begann mit der lateinischen Vormerkung, deren Zeilen offenbar über die ganze Breite der Tafel liefen; dieser Theil ist verloren und die Zeilenabtheilung unbekannt. Darauf folgen die griechischen Texte, in drei schmalen Columnen geschrieben, welchen jetzt allen die Köpfe fehlen; die Columnen setzen einander fort und weder sonst noch am Schluss der dritten begegnen leer gelassene Räume. Unterhalb dieser drei den Mittelraum füllenden Columnen folgt in vier wieder über die ganze Fläche laufenden Zeilen das kaiserliche Rescript; die letzte ist nicht voll und hat den Anschein einer Endzeile.

Für den Leserkreis dieser Zeitschrift kommen wesentlich nur die beiden lateinischen Abschnitte in Betracht; diesen ist der vollständige Apparat beigefügt. Die griechischen Abschnitte wegzulassen erschien nicht angemessen, wohl aber habe ich geglaubt hinsichtlich der Lesungen mich auf das Wesentliche beschränken zu sollen. In der daran geknüpften Ausführung ist über den Rechtsstreit selbst, in dem die fragliche kaiserliche Entscheidung ergangen ist, nur kurz gehandelt worden; die an diese sich knüpfenden Fragen sind nicht zunächst juristischer Art. Dagegen ist an diese Erörterung eine eingehende Darlegung über die Form und die Publication der kaiserlichen Rescripte geknüpft, welche in diesem Actenstück eigentlich zum ersten Mal in authentischer Weise uns entgegentreten.

Bona fortuna. Fulvio Pio et [P]o[n]tio Proculo cons. XVII kal. Ian. descriptum [e]t reco[g]nitum factum [e]x [l]ibro [li]bellorum rescript[o]rum a domino n(ostro) imp. Ca[e]s. M. Antonio Gordiano Pio Felice Aug. [e]t propo[s]it[o]rum [R]oma[e] in portic[u the]rmarum Tr[a]ianarum in ve[r]ba [q(uae)] i(nfra) s(cripta) s(unt).

Dat(um) per Aur(elium) Purrum mil(item) coh(ortis) X

[pr(aetoriae) p(iae) f(idelis) G]ordiana[e] [centuria] Proculi con[vi]canu[m] et con[p]ossess[o]rem.

Die Abschrift 1 ROTIO — 2 IT RECOCNITVM — ƑXIIBRO U, BELLORVM RESCRIPTVRVM — 3 CAIS — 4 ITϱPROPOCITVRVM FOMAI — PORTICO. IPRMARVM TR. IANARVM INVEBAISS. — 7 COH X . . RECORDIANAIC (statt 7) PROCVLI CONCANVNET CONPPOSSESS REM.

Ein M. Fabius Nomentinus *speculator*, *miles coh. X pr. 7 Proculi* findet sich C. I. L. VI, 2743, aber die Inschrift ist eher aus dem 2. als aus dem 3. Jahrhundert. — Ueber die oft erwähnten Traiansthermen vgl. Becker Topogr. S. 687; die hier genannte Halle kommt wohl sonst nicht vor.

Αὐτοκράτορι Καίσαρι Μ. Ἀντωνίῳ Γορδιανῷ Εὐσεβεῖ Εὐτυχεῖ Σεβ. δέησις[1]) *παρὰ κωμητῶν Σκαπτοπαρήνων τῶν καὶ Γρησειτῶν. Ἐν τοῖς εὐτυχεστάτοις καὶ αἰωνίοις σου καιροῖς κατοικεῖσθαι καὶ βελτιοῦσθαι τὰς κώμας ἤπερ ἀναστάτους γίγνεσθαι τοὺς ἐνοικοῦντας πολλάκις ἀντέγραψας. ἔστιν γε καὶ ἐπὶ τῇ τῶν ἀνθρώπων σωτηρίᾳ τὸ τοιοῦτο καὶ ἐπὶ τοῦ ἱερωτάτου σου ταμείου ὠφελείᾳ. Δι' ὅπερ*[2]) *καὶ αὐτοὶ ἔννομον ἱκεσίαν τῇ θειότητι σου προσκομίσομεν, εὐχόμενοι ἱλέως ἐπινεῦσαι ἡμεῖν δεομένοις τὸν τρόπον τοῦτον. Οἰκοῦμεν καὶ κεκτήμεθα ἐν τῇ προγεγραμμένῃ κώμῃ οὔσῃ εὐεπεράστῳ διὰ τὸ ἔχειν ὑδάτων θερμῶν χρῆσιν*[3]) *καὶ κεῖσθαι μέσον δύο στρατοπέδων τῶν ὄντων ἐν τῇ σῇ Θρᾴκῃ, καὶ ἐφ' οὗ μὲν τὸ πάλαι οἱ κατοικοῦντες ἀόχλητοι καὶ ἀδειάσειστοι ἔμενον, ἀνενδεῶς τούς τε φόρους καὶ τὰ λοιπὰ ἐπιτάγματα συνετέλουν, ἐπεὶ δὲ κατὰ καιροὺς εἰς βίαν*[4]) *προχωρεῖν τινες καὶ βιάζεσθαι ἤρξαντο, τηνικαῦτα ἐλαττοῦσθαι καὶ ἡ κώμη ἤρξατο. Ἀπό γε μειλίων δύο τῆς κώμης ἡμῶν πανηγύρεως ἐπιτελουμένης διαβοήτου οἱ ἐκεῖσε τῆς πανηγύρεως εἵνεκεν ἐπιδημοῦντες ἡμέρας πέντε καὶ δέκα ἐν τῷ τόπῳ τῆς πανηγύρεως οὐ καταμένουσιν, ἀλλ' ἀπολιμπάνοντες ἐπέρχονται εἰς τὴν ἡμετέραν κώμην καὶ ἀναγκάζουσιν ἡμᾶς ξενίας αὐτοῖς παρέχειν καὶ ἕτερα πλεῖστα εἰς ἀνάλημψιν αὐτῶν ἄνευ ἀργυρίου χορηγεῖν. Πρὸς δὲ τούτοις καὶ στρατιῶται ἀλλαχοῦ πεμπόμενοι καταλιμπάνοντες τὰς ἰδίας ὁδοὺς πρὸς ἡμᾶς παραγείνονται καὶ ὁμοίως κατεπείγουσιν παρέχειν αὐτοῖς τὰς*

---

1) *δέησις* O. Hirschfeld, AEHCIC Kap. — 2) *δ' ὅπερ* Wilamowitz, *ὅπερ* Kap. — 3) Diese warmen Quellen finden sich heute noch bei Dschumaja. — 4) *εἶσιν βίᾳ* Kap.

ξενίας καὶ τὰ ἐπιτήδια μηδεμίαν τιμὴν καταβαλόντες. Ἐπιδημοῦσι δὲ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον διὰ τὴν τῶν ὑδάτων χρῆσιν οἵ τε ἡγούμενοι τῆς ἐπαρχίας ἀλλὰ καὶ οἱ ἐπίτροποί σου. Καὶ τὰς μὲν ἐξουσίας συνεχέστατα δεχόμεθα κατὰ τὸ ἀναγκαῖον, τοὺς δὲ λοιποὺς ὑποφέρειν μὴ δυνάμενοι ἐνετύχομεν πλειστάκις τοῖς ἡγεμόσι τῆς Θρᾴκης, οἵτινες ἀκολούθως ταῖς θείαις ἐντολαῖς ἐκέλευσαν ἀοχλήτους ἡμᾶς εἶναι, ἐδηλώσαμεν γὰρ μηκέτι ἡμᾶς δύνασθαι ὑπομένειν, ἀλλὰ καὶ νοῦν ἔχειν ἐγκαταλιπεῖν καὶ τοὺς πατρῴους θεμελίους διὰ τὴν τῶν ἐπερχομένων ἡμεῖν βίαν, καὶ γὰρ ὡς ἀληθῶς ἀπὸ πολλῶν οἰκοδεσποτῶν εἰς ἐλαχίστους κατεληλύθαμεν. Καὶ χρόνῳ μέν τινι ἴσχυσεν τὰ προστάγματα τῶν ἡγουμένων καὶ οὐδεὶς ἡμεῖν ἐνόχλησεν οὔτε ξενίας ὀνόματι[1]) οὔτε παροχῆς ἐπιτηδείων, προϊόντων δὲ τῶν χρόνων πάλιν ἐτόλμησαν ἐπιφύεσθαι ἡμεῖν πλεῖστοι ὅσοι τῆς[2]) ἰδιωτίας ἡμῶν καταφρονοῦντες. Ἐπεὶ οὖν οὐκέτι δυνάμεθα φέρειν τὰ βάρη καὶ ὡς ἀληθῶς κινδυνεύομεν ὅπερ οἱ λοιποὶ τόδε[3]) καὶ ἡμεῖς προλιπεῖν τοὺς προγονικοὺς θεμελίους, τούτου χάριν δεόμεθά σου, ἀνίκητε Σεβαστέ, ὅπως διὰ θείας σου ἀντιγραφῆς κελεύσῃς[4]) ἕκαστον τὴν ἰδίαν πορεύεσθαι ὁδὸν καὶ μὴ ἀπολιμπάνοντας αὐτοὺς τὰς ἄλλας κώμας ἐφ' ἡμᾶς ἔρχεσθαι, μηδὲ καταναγκάζειν ἡμᾶς χορηγεῖν αὐτοῖς προῖκα τὰ ἐπιτήδια, ἀλλὰ μηδὲ ξενίαν αὐτοῖς παρέχειν, οἷς μὴ ἔστιν ἀνάγκη, (ὅτι γὰρ οἱ ἡγούμενοι πλεονάκις ἐκέλευσαν μὴ ἄλλοις παρέχεσθαι ξενίαν εἰ μὴ τοῖς ὑπὸ τῶν ἡγουμένων καὶ ἐπιτρόπων πεμπομένοις εἰς ὑπηρεσίαν· ἐάν γε βαρώμεθα[5]), φευξόμεθα ἀπὸ τῶν οἰκείων καὶ μεγίστην ζημίαν τὸ ταμεῖον περιβληθήσεται) ἵνα ἐλεηθέντες διὰ τὴν θείαν σου πρόνοιαν καὶ μείναντες ἐν[6]) τοῖς ἰδίοις τούς τε ἱεροὺς φόρους καὶ τὰ λοιπὰ τελέσματα παρέχειν δυνησόμεθα. Συμβήσεται δὲ τοῦτο ἡμεῖν ἐν τοῖς εὐτυχεστάτοις σου καιροῖς, ἐὰν κελεύσῃς τὰ θεῖά σου γράμματα ἐν στήλῃ ἀναγραφέντα δημοσίᾳ προτίθεσθαι[7]), ἵνα τούτου τυχόντες τῇ τύχῃ σου χάριν ὁμολογεῖν δυνησόμεθα, ὡς καὶ νῦν κα . . . ώμενοί[8]) σου ποιοῦμεν.

---

[1]) *ὀνόματι* Wolters, *ἐπὶ μάτι* Kap. — [2]) *τῆς* Wilamowitz, *γῆς* Kap. — [3]) *τόδε* Wil., *οἶδε* Kap. — [4]) *ὅπως . . . κελεύσῃς* Wil., *πῶς . . . κελεύσῃ* Kap. — [5]) *βαρώμεθα* Wil., *βαρούμεθα* Kap. — [6]) *μείναντες ἐν* Wil., *μειν / / / σε /* der Abklatsch, *μεῖναι παισίν* Kap. — [7]) *προτίθεσθαι* Wolters zweifelnd, *ποικινεῖσθαι* Kap. — [8]) *καθαιτώμενοι* Kapélas.

Διογένης ὁ Τύριος ὁ πραγματικὸς[1]) *ἀπὸ θείας φιλανθρωπίας ἐπὶ τὴν ἔντευξιν ταύτην ἐλήλυθεν. Δοκεῖ δέ μοι θεῶν τις προνοήσασθαι τῆς παρούσης ἀξιώσεως. Τὸ γὰρ τὸν θειότατον αὐτοκράτορα περὶ τούτων πέμψαι τὴν ἰδίαν γνῶσιν ἐπί σε ὅτι δεήσῃ φθάσαντα*[2]) *περὶ τούτου καὶ προγραμ || μασιν καὶ διατάγμασιν δεδωκέναι, τοῦτο ἐμοὶ δοκεῖ τῆς ἀγαθῆς τύχης ἔργον εἶναι.*

. . . . . .[3]) *ἡ ἀξίωσις. Ἡ κώμη ἡ τοῦ βοηθουμένου στρατιώτου ἐστὶν*[4]) *ἐν τῷ καλλίστῳ τῆς πολειτίας τῆς ἡμετέρας τῶν Πανταλιωτῶν πόλεως κειμένη, καλῶς μὲν τῶν ὀρῶν καὶ τῶν πεδίων ἔχουσα, πρὸς δὲ τούτοις καὶ θερμῶν ὑδάτων λουτρὰ οὐ μόνον πρὸς τρυφὴν, ἀλλὰ καὶ ὑγείαν καὶ θεραπείαν σωμάτων ἐπιτηδειότατα, πλησίον δὲ καὶ πανήγυρις πολλάκις μὲν ἐν τῷ ἔτει συναγομένη, περὶ δὲ καλ.*[5]) *ὀκτωμβρίας καὶ εἰς πέντε καὶ δέκα ἡμερῶν ἀγομένη*[6]). *Συμβέβηκεν τοίνυν τὰ δοκοῦντα τῆς κώμης ταύτης πλεονεκτήματα τῷ χρόνῳ περιεληλυθέναι*[7]) *αὐτῆς εἰς ἐλλαμπτώματα· διὰ γὰρ τὰς προειρημένας ταύτας προφάσεις πολλοὶ πολλάκις στρατιῶται ἐνεπιδημοῦντες ταῖς τε ἐπιξενώσεσι καὶ ταῖς βαρήσεσιν ἐνοχλοῦσι τὴν κώμην· διὰ ταύτας τὰς αἰτίας πρότερον αὐτὴν καὶ πλουσιοτέραν καὶ πολυάνθρωπον* | | | |[8]) *οὖσαν νῦν εἰς ἐσχάτην ἀπορίαν ἐληλυθέναι. Ἐπεὶ τούτων ἐδεήθησαν πολλάκις καὶ τῶν ἡγουμένων, ἀλλὰ καὶ μέχρις τινὸς ἴσχυσεν αὐτῶν τὰ προστάγματα, μετὰ δὲ ταῦτα κατωλιγωρήθη διὰ τὴν συνήθειαν τῆς τοιαύτης ἐνοχλήσεως· διὰ τοῦτο ἀναγκαίως κατέφυγον ἐπὶ τὸν θειότατον.*

Imp. Caesar M. Antonius Gordianus pius felix Aug. vikanis per Pyrrum mil. conposses | sore[m]. Id genus qu[ae]rellae praecibus intentum an[te] iustitia pr[aesi]dis | potius super his quae adlegabuntur instructa discinge [q]uam rescripto prin-

---

[1]) *ὁ πραγματικὸς* von mir vermuthet, *ΟΠ* | | | | | | | | | der Abklatsch, *ὁ χαράττων ἄνθρωπος* Kapélas, was der Raum nicht fasst. — [2]) *ὅτι δεήσῃ* von mir vermuthet, *ΟΙΙΔΕ* | | der Abklatsch, *ἤδη* Kapélas. — [3]) *τῇσδε* Kapélas; es stand etwa *ἔστιν δὲ ἥδε.* — [4]) *ἐστὶν* Wil., *ἐνστη* Kapolu. — [5]) *καλ* Wil., *τὰς* Kap. — [6]) *ἀγομένη* O. Hirschfeld, *ΑΓ* | | | | | Abklatsch, fehlt Kap.; vielleicht *ἀριθμόν.* — [7]) *τῷ χρόνῳ περιεληλυθέναι* Wolters, | | *ΧΡΟΝΩ ΠΕΡΙ* | | | | *Υ* | | *ΝΑΙ* Abklatsch, *τῶ χρόνων ἐληλυθέναι* Kapélas. — [8]) so der Abklatsch, *πολυανθρωποτέραν* Kap.; es fehlt *ἱκανῶς* oder dgl.

cipali | certam formam reportare debeas. Rescripsi. Recognovi. Signa.

2 *sorem* bis *pr. . . dis* fehlt bei Kap. — Vor *id* kein freier Raum, dagegen nach *an*[*te*] freier Raum von elf Buchstaben; der Steinmetz zog wohl die Worte *id genus* bis *ante* irrig zur Adresse. — 3 / OTI / / der Abklatsch, IOTIVS Kap. — *quam*] / VAM Abklatsch, ROVAM Kap. — 4 SIG / A Abklatsch, SIGHA Kapélas. — Die kleinen Lücken, welche die Lesung des Abklatsches übrig liess, sind, insoweit sie durch Kapélas Abschrift ausgefüllt werden, nicht angegeben.

Die auf dieser Tafel verzeichneten Actenstücke führen nach der gräcisirenden, aber auch in Rom später gebräuchlichen Eingangsformel *bona fortuna* sich ein als beglaubigte Abschrift eines kaiserlichen Erlasses. Die Beglaubigung erfolgt in der dafür üblichen Form mit Datum vom 16. Dec. 238; es gehören dazu die Worte am Anfang *Fulvio Pio . . . in verba quae infra scripta sunt,* sowie das Schlusswort *signa,* das für diesen Act gefordert wird, aber zu dem Rescript nicht passt. Das Document, wovon Abschrift genommen wird, enthält zunächst die an den Kaiser gerichtete Eingabe der Skaptoparener, mit der lateinischen Vormerkung, dass dieselbe durch den diesem Dorf entstammenden Prätorianer Aurelius Purrus dem Kaiser eingereicht sei, und der griechischen Ueberschrift *αὐτοκράτορι . . . δέησις παρὰ . . . Σκαπτοπαρήνων.* Diese Bittschrift reicht aber nicht bis zu dem Ende des griechischen Mittelstückes, sondern nur bis S. 247 a. E. *ποιοῦμεν.* Die Antwort des Kaisers auf die Bittschrift, also der zweite Theil der Abschrift, steht am Schluss mit der Adresse *vikanis per Pyrrum* (wo die kurze Bezeichnung der Personen deutlich hinweist auf die Zusammengehörigkeit der beiden Schriftstücke) und den üblichen Subscriptionen. Alles dies ist in vollkommener Ordnung: in dieser Form sind Abschrift und Antwort in der ohne Zweifel durch Pyrrus veranstalteten Abschrift nach Thrakien gegangen und dort auf den Stein übertragen worden.

Aber sehr auffallend ist theils die Aufstellung des Decrets selbst, das lediglich die Skaptoparener anweist den Beweis ihrer Anschuldigungen vor dem thrakischen Statthalter zu erbringen, bevor der Kaiser sich in dieser Sache schlüssig machen könne, theils die Hinzufügung eines zweiten offenbar nicht an diesen Platz gehörigen und, wie Wilamowitz mit Recht be-

merkt hat, trotz des äusserlichen Anscheins der Vollständigkeit mitten im Satze abbrechenden Actenstückes. Diesem fehlt eine eigentliche Ueberschrift; es beginnt mit den Worten *Διογένης ὁ Τύριος ὁ πραγματικὸς (?) ἀπὸ θείας φιλανθρωπίας ἐπὶ τὴν ἔντευξιν ταύτην ἐλήλυθεν*; es ist deutlich der Vortrag, welchen in Folge jener kaiserlichen Anordnung der Vertreter der Beschwerdeführer dem thrakischen Statthalter hielt. Das Rescript wird darin erwähnt und der Adressat als erfolgreicher Bittsteller bezeichnet. Der Angeredete ist nicht der Kaiser, von dem in dritter Person gesprochen wird, sondern derjenige, an den der Kaiser die Sache gewiesen hat (*πέμψαι ἐπί σε*), also der Statthalter. Während in der Bittschrift an den Kaiser durchaus die *vicani* reden, spricht hier eine einzelne Person (*δοκεῖ δέ μοι*) und zwar, da der Redende die klagende Ortschaft bezeichnet als belegen in dem besten Theil 'unseres Stadtgebiets', ein oder der Agent der Stadt Pautalia, wahrscheinlich ein dem statthalterlichen Forum angehöriger Advocat, der die Angelegenheiten dieser Commune und damit auch die der rechtlich unselbständigen Dorfschaft bei der Provinzialbehörde vertrat. Selbstverständlich fasst dieser den kaiserlichen Bescheid als principielle Gewährung der erbetenen Abhülfe und ist erfreut darüber, dass die Sache von dem Kaiser an den Statthalter gewiesen worden sei, welcher bereits durch Edicte und Erlasse die erforderlichen Weisungen gegeben habe (*τὸν αὐτοκράτορα πέμψαι τὴν ἰδίαν γνώμην ἐπὶ σε ὅτι δεήσῃ φθάσαντα περὶ τούτου καί προγράμμασιν καὶ διατάγμασιν δεδωκέναι).* Das ist auch alles in bester Ordnung; nur steht es nicht am rechten Platze.

Da die Beschwerde der Dorfschaft also der kaiserlichen Anordnung gemäss an den Statthalter gelangte, so sind zwei Fälle möglich. Entweder dieselbe kam aus irgend einem Grunde nicht zum Austrag und die Dorfschaft erlangte nichts als jenen Interimsbescheid. Dann mag sie dazu gegriffen haben Gordians Interlocut in einer Weise aufzustellen, dass es äusserlich als Definitivsentenz erschien und als kaiserliches Einschreiten gegen die molestirenden Passanten. Vielleicht geschah dies in der nicht ungerechtfertigten Voraussetzung, dass diesen Passanten das Latein umsomehr imponirte, je weniger sie es verstanden. Aber da in diesem Fall es sich

nicht hinreichend erklärt, wesshalb die Dorfschaft den ersten Theil des von dem Statthalter gehaltenen Vortrages auf die Tafel setzen liess, wird die Annahme vorzuziehen sein, dass der Statthalter zu Gunsten der Beschwerdeführer entschied, vielleicht auch die vom Kaiser in Aussicht gestellte *certa forma* erlangt ward und die Dorfschaft die sämmtlichen Actenstücke auf zwei Tafeln aufstellen liess, von denen uns die erstere erhalten ist. Dabei wurde auf der ersten Tafel dem kaiserlichen Interlocut, vielleicht auch auf der zweiten dem kaiserlichen Schlussdecret äusserlich eine Stellung gegeben, die mehr der hervorragenden Geltung dieser Documente entsprach als ihrer Reihenfolge in den Acten. Diese Annahme wird vorzuziehen sein; indess ist die Geltung der einzelnen erhaltenen Actenstücke vollständig klar und sicher und nicht abhängig von dieser untergeordneten Frage.

Die Ausfertigung der kaiserlichen Schreiben und Rescripte lässt sich jetzt in bestimmterer Weise feststellen, nachdem zu den beiden schon länger bekannten Urkunden, die uns darüber einigen Aufschluss geben, der smyrnaeischen mit einem Brief des Pius vom J. 139 [1]) und der der africanischen Colonen mit einem des Commodus aus dem J. 180/3 [2]), die unsrige mit dem Schreiben Gordians an das zum Stadtbezirk Pautalia gehörige Dorf der Skaptoparener in Thrakien vom J. 238 als die dritte und jüngste getreten ist. Die gleichartigen älteren Urkunden, insbesondere die Schreiben Vespasians an die Vanaciner auf Corsica [3]) und an die spanischen Saborenser [4]) geben darüber keine Auskunft, sondern verzeichnen unter den kaiserlichen Schreiben nur municipale Notizen über die Legation zu deren Erlangung und die Publication nach Beschluss der Gemeindebehörden. Wahrscheinlich ist nach Vespasian und vor Pius, etwa unter Traian oder Hadrian die Ausfertigung der kaiserlichen Bescheide in der Weise umgestaltet worden, wie sie uns in jenen drei Erlassen wesentlich gleichartig entgegentritt.

Die Ausfertigung ist hiernach dreitheilig: sie setzt sich zusammen aus Unterschreibung, Abschriftnahme und Zustellung.

---

[1]) C. I. L. III, 411. — [2]) C. I. L. VIII, 10570. Bruns fontes [5] S. 228. — [3]) C. I. L. X, 8038. Bruns fontes [5] S. 225. — [4]) C. I. L. II, 1423. Bruns fontes [5] S. 225.



Concepte, sei es nun von dem Kaiser oder für ihn entworfen, werden oft genug vorgekommen sein, aber keine Spur führt darauf, dass sie formell nothwendig waren, etwa nach heutigem Gebrauch zu den Acten genommen wurden. In der Regel ist wohl, wenn der Kaiser die Antwort nicht selber schrieb, dieselbe entweder nach erhaltener mündlicher Anweisung oder auch ohne solche von dem dazu Beauftragten abgefasst und dem Kaiser in der Reinschrift zur Unterschreibung vorgelegt worden. Denn die Eigenhändigkeit, welche zum Wesen des Briefes gehört, ist auch bei dem kaiserlichen Briefe formales Requisit gewesen und geblieben, so dass, wo sie nicht officiell feststand, demselben die Rechtskraft abging. Sie wird in dem ausgebildeten Kanzleiverfahren dieser Epoche dadurch bewirkt, dass der Kaiser unter die von Schreiberhand hergestellten Erlasse das Wort *rescripsi* (so in den Schreiben des Pius und des Gordianus) oder *scripsi* (so in dem Schreiben des Commodus) selber setzt[1]); wie denn der Wechsel der Handschrift in der Urkunde des Commodus ausdrücklich vermerkt wird durch die dem *scripsi* vorgesetzten Worte: *et alia manu.* Natürlich schliesst dies nicht aus, dass der Kaiser da, wo es angemessen schien, andere Worte setzte, insbesondere bei Erlassen an höhere Beamte die Grussformel hinzuschrieb, die sich noch spät in dieser Weise verwendet findet.

---

[1]) *Subscribere* wird in minder sorgfältiger Rede von der Hinzufügung der eigenhändigen Schlussworte gebraucht, zum Beispiel vita Alex. 31, 1: *postmeridianas horas subscriptioni et lectioni epistularum semper dedit* und vita Carini 16, 8: *fastidium subscribendi tantum habuit, ut impurum quendam, cum quo semper meridie iocabatur, ad subscribendum poneret, quem obiurgabat plerumque, quod bene suam imitaretur manum.* Aber im genauen Sprachgebrauch wird die *epistula*, auf die das *rescribere* sich bezieht, von der *subscriptio* unterschieden und macht die letztere nicht als die eigenhändige Schlussformel den Gegensatz zu dem Dictat, sondern als der auf die Eingabe oder ein sonstiges Actenstück gesetzte Bescheid den Gegensatz zu dieser Eingabe selbst. Recht deutlich tritt sowohl der technische wie der allgemeinere abusive Gebrauch des Wortes hervor bei dem Biographen des Commodus 13, 7: *ipse Commodus in subscribendo tardus et neglegens, ita ut libellis una forma multis subscriberet, in epistulis autem plurimis 'vale' tantum scriberet.* Bruns Abhandlung über die Subscriptionen (kl. Schr. 2, bes. S. 69 fg.) hat den Sprachgebrauch nicht genügend entwickelt.



Auf die Unterschreibung folgt die Abschriftnahme, in allen drei angeführten Erlassen ausgedrückt durch die Formel *recognovi*. Was darunter zu verstehen ist, zeigt am deutlichsten die smyrnaeische Urkunde. Das darin enthaltene Rescript des Pius gewährt den Smyrnaeern die nachgesuchte Erlaubniss von einem anderen früher von Hadrian erlassenen Abschrift zu nehmen; es folgt darin auf das *recognovi* (denn so und nicht *recognovit* wird das abgekürzte *recogn.* wohl auch hier nach dem Muster der beiden anderen Rescripte aufgelöst werden müssen) noch *undevicensimus* unds auf dieses *actum Romae* mit dem Datum des 8. April 139, woran sich eine zweite vom 5. Mai desselben Jahres datirte Acte über die Aufnahme der durch jenes Rescript gestatteten Abschrift anschliesst. Hiernach ist, wie ich dies schon bei der Herausgabe dieser Inschrift ausgeführt habe, die Recognition in dem kaiserlichen Bureau erfolgt, welches eine Anzahl mit Nummern versehener und danach zeichnender Stellen zählte, und hat dieselbe der Zeit nach sich regelmässig unmittelbar an die Unterschrift angeschlossen, da die Unterzeichnung wie die Recognition in einem Tagdatum zusammengefasst werden. — Technisch bezeichnet *recognoscere* die Constatirung der Uebereinstimmung eines Schriftstückes mit seiner Grundlage, also bei dem Dictat die Anerkennung der Niederschrift durch den Dictanten [1]), bei Abschriften die Uebereinstimmung der Copie mit dem Original. Letzteres ist bekanntlich die gewöhnliche und technische Verwendung des Wortes [2]). Auch hier muss an diese schon um deswillen gedacht werden, weil bekanntlich die kaiserlichen Erlasse sämmtlich im kaiserlichen Archiv in beglaubigter Form niedergelegt wurden. Es ge-

---

[1]) Dig. 48, 10, 1, 8. l. 15, 3. — [2]) Schon der Sprachgebrauch verbietet es *recognovi* auf den Kaiser selbst zu beziehen. Natürlich soll er vor der Unterzeichnung von dem Inhalt der Erlasse Kenntniss nehmen und gewissenhafte Herrscher thaten dies auch; von Alexander heisst es nach den S. 252 A 1 angeführten Worten: *ita ut ab epistulis, a libellis et a memoria semper adsisterent . . . relegentibus cuncta librariis et iis qui scrinium gerebant, ita ut Alexander sua manu adderet si quid esset addendum, sed ex eius sententia qui disertior habebatur.* Aber *recognoscere* heisst vergleichen; für billigen würde man *relegi* oder ein ähnliches Wort erwarten. Auch wird, dass der Schreiber des Briefes ihn billigt, ausreichend durch die wenn auch nur partielle Eigenhändig-

nügt dafür hinzuweisen auf das Schreiben des Plinius an Traian[1]), worin jener berichtet, dass verschiedene näher bezeichnete Rescripte von Vespasian, Titus und Domitian bei seinem Tribunal vorgelegt worden seien, er dieselben aber dem Kaiser nicht schicke, *quia et parum emendata et quaedam non certae fidei videbantur et quia vera et emendata in scriniis tuis esse credebam.* Es kann danach nicht zweifelhaft sein, dass die Rescripte, nachdem sie vom Kaiser unterzeichnet waren, dem mit der Führung der kaiserlichen *commentarii* beauftragten Bureau zur Abschriftnahme zugingen. Dass dies geschehen sei, wurde dann officiell vermerkt, und dieser Vermerk gehörte sicher ebenso wie die kaiserliche Unterschrift zu den für die Gültigkeit der Urkunde nothwendigen Formalien[2]). Offenbar sollte diese Manipulation dem Vorbringen gefälschter Kaiserschreiben steuern. Wenn dem Bureau Zweifel an der Echtheit der Unterschrift entstanden, so war dies in der Lage sich darüber authentische Auskunft zu verschaffen; andererseits werden an der Fehlerhaftigkeit oder dem Mangel des Abschriftvermerkes plumpe Fälschungen oft genug zu Tage gekommen sein. Vor allen Dingen aber lag von jedem Erlass ein beglaubigtes Exemplar im kaiserlichen Archiv und konnte bei entstehendem Zweifel an der Echtheit der Urkunde oder der Richtigkeit des Textes auf dieses recurrirt werden, wie dieses in dem angeführten Fall der Statthalter von Bithynien that.

Es gab also von jedem kaiserlichen Rescript zwei Exemplare, das vom Kaiser unterfertigte Original und eine mit diesem officiell collationirte Abschrift; eines von diesen im kaiserlichen Archiv, das andere in den Händen des Adressaten. Aber es fragt sich, ob das Original zu den Acten genommen

---

keit bezeugt und könnte, wenn das Subject nicht wechselte, die Copula nicht fehlen, ganz abgesehen vom *undevicensimus.*

[1]) ep. 65. — [2]) In anderer Wendung erscheint derselbe Vorgang bei Plinius ep. 94. 95. Auf die (ohne Zweifel direct an den Kaiser gerichtete und nur durch Plinius, ähnlich wie die des Aquila ep. 106. 107, befürwortend eingesandte) Bittschrift des Suetonius Tranquillus um Ertheilung des Kinderrechts erwidert der Kaiser: *subscripsi et dedisse me ius trium liberorum Suetonio Tranquillo ea condicione qua adsuevi referri in commentarios meos iussi.* Auch hier also Ausfertigung und Registrirung.

und dem Adressaten beglaubigte Abschrift zugestellt ward oder umgekehrt das Bureau von dem ihm unverschlossen zugehenden Schreiben Abschrift nahm und dem Adressaten dann das Original aushändigte. Denkbar ist beides; man kann den lakonischen Vermerk entweder dahin ergänzen: '(die obenstehende Abschrift) habe ich verglichen (mit dem Original)' oder: '(den vorstehenden Erlass) habe ich verglichen (mit der Abschrift)'. Auch des Plinius Bezeichnung der im kaiserlichen Archiv aufbewahrten Exemplare als *vera et emendata* kann ebensowohl von den vom Kaiser unterzeichneten Originalen wie von amtlich beglaubigten Abschriften verstanden werden. Aber die letztere Annahme ist wie an sich natürlicher so auch anderweitig geboten. Die ständige Formel für die Abschrift ist *descriptum et recognitum*, 'abgeschrieben und verglichen'; wenn hier bloss *recognovi* steht, so legt dies die Auffassung nahe, dass die Urkunde, unter der nur dies vermerkt ist, eben nicht die Abschrift ist, also nicht so sehr die Uebereinstimmung der Abschrift mit dem Original dadurch beglaubigt wird, als die Thatsache der Abschriftnahme selbst, wie dies ja nothwendig geschehen musste, wenn die Eintragung in das Copialbuch für die Geltung der Urkunde erforderlich war. Wenn diese Erwägung die bezeichnete Auffassung auch nur als zulässig erscheinen lässt, so tritt entscheidend für sie ein der Erlass Diocletians vom J. 292[1]), welcher die Aushändigung

---

[1]) Cod. Iust. 1, 23, 3: *sancimus, ut authentica ipsa atque originalia rescripta ⟨ex⟩ nostra manu subscripta, non exempla eorum insinuentur.* Er ist an den Statthalter von Phoenike Crispinus gerichtet, bezieht sich also wahrscheinlich auf Erlasse, die entweder an die Partei gerichtet waren, ihr aber durch den Statthalter zugingen oder sogar an den Statthalter selber adressirt waren, materiell aber mehr die Partei als ihn betrafen (vgl. Staatsrecht 3, 1215 A. 1; Plinius ep. 106. 107). An denselben Crispinus sind noch zwei andere der uns aus diesem Jahre erhaltenen Rescripte gerichtet und es ist danach nicht unwahrscheinlich, dass der Redacteur derjenigen Sammlung, aus der sie in die justinianische übergangen sind, diese Erlasse aus dessen Amtsprotokoll entnommen hat. Dass von den Sammlern dergleichen Nebenquellen benutzt worden sind, ist an sich glaublich genug. — Dass das Rescript eine Neuerung einführt und bis dahin den Parteien die kaiserlichen Erlasse nur in Abschrift zugestellt worden seien, welche Vermuthung mir geäussert worden ist, halte ich für wenig wahrscheinlich; eine derartige Neuerung hätte nicht wohl im Wege des Erlasses an einen ein-

der Originale der Kaisererlasse an die Parteien vorschreibt und die blosser Abschriften verbietet.

Ein Bedenken, das gegen die Aushändigung der Originalexemplare geltend gemacht werden kann, wird durch die thrakische Urkunde gehoben. Die kaiserliche Correspondenz ist bekanntlich häufig durch Marginalantwort geführt worden, so dass die kaiserliche Antwort auf das Original der Eingabe selbst geschrieben wurde. Ist auch in diesem Fall die Antwort des Kaisers im Original ausgehändigt worden? Es konnte dies nur geschehen, indem den Adressaten ihre Eingabe zurückgestellt ward, und dagegen wird man einwenden, dass diese sie nicht brauchten und das kaiserliche Archiv dann genöthigt ward von den Eingaben Abschrift zu nehmen. Dass dennoch also verfahren worden ist, zeigt das neue Document; die kaiserliche Antwort tritt hier zwar nicht geradezu als Randantwort auf, aber die verkürzte und offenbar die Eingabe voraussetzende Adresse und der der Eingabe vorgesetzte deutlich von der kaiserlichen Kanzlei herrührende Eingangsvermerk zeigen, dass die Antwort mit der Eingabe officiell verbunden ist und den Adressaten nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit dieser zur Kenntniss gebracht werden sollte. Bei näherem Ueberlegen stellt sich dies auch als sachlich nothwendig heraus. Wie wir die kaiserlichen Bescheide kennen, sind sie oft nur verständlich, meistens rechtlich nur brauchbar in Verbindung mit der Eingabe; wären sie ohne formale Verknüpfung mit dieser durch die Adressaten den Behörden vorgelegt worden, so wäre eine unerhörte Verwirrung und endloser Missbrauch die unvermeidliche Folge gewesen. Es ist also nur in der Ordnung, dass wenigstens diejenigen kaiserlichen Erlasse, deren rechtliche Anwendbarkeit durch die Eingabe bedingt war, nicht ohne diese selbst ausgefolgt wurden: und in diesem Fall konnte ebensowohl den Adressaten ihre Eingabe im Original zurückgegeben und Abschrift davon für die Acten genommen wie umgekehrt verfahren werden.

Wenn die thrakische Urkunde uns über die Unterschrift und die Abschriftnahme nichts neues lehrt, so gilt dies nicht von dem dritten Stadium der Ausfertigung, der Mittheilung

zelnen Statthalter auftreten können, und sehr zahlreiche spätere Erlasse unterscheiden in der Form sich von den früheren nicht.



des Rescripts an den Adressaten. Dass diese zu allen Zeiten, sei es durch unmittelbare Uebergabe des Erlasses an den am Ort anwesenden Adressaten oder dessen Mandatar, sei es durch Zusendung an den abwesenden Empfänger hat bewirkt werden können und bewirkt worden ist, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden; hier aber ersehen wir, dass in Gordians Zeit die öffentliche Bekanntmachung der kaiserlichen Schreiben, die Proposition an die Stelle der Insinuation treten kann. Weder die petitionirende Dorfschaft noch ihr in Rom anwesender Genosse und Mandatar erhält eine Ausfertigung des kaiserlichen Bescheides; dieser geht vielmehr an den mit dem Aushang beauftragten Beamten, der Regel nach sicher an den Stadtpräfecten [1]), und dieser reiht ihn ein in den *liber libellorum rescriptorum a domino nostro propositorum Romae.* Der eigentliche Aushang kann bei diesen massenhaften und grösstentheils für das weitere Publicum belanglosen Documenten kaum mehr gewesen sein als eine Formalität; notificirt wurden diese Erlasse ohne Zweifel dadurch, dass die betreffenden Blätter dem Publicum zugänglich gemacht wurden und die Petenten sowohl wie jeder Dritte daraus Abschrift nehmen durften, ohne dass es, wie bei den nicht zur Proposition gelangten kaiserlichen Schreiben, erforderlich war in der durch die smyrnaeische Urkunde dargelegten Weise die Erlaubniss zur Abschriftnahme zu erwirken. Das Exemplar, das der petitionirenden thrakischen Gemeinde zugeht, ist beglaubigte Privatabschrift, hergestellt nach dem uns namentlich durch die Militärdiplome wohlbekannten Verfahren; es führt sich ein mit *descriptum et recognitum* und die Namen und Siegel der Urkundszeugen sind auf der in Thrakien genommenen Steincopie wenigstens durch das Wort *signa* vertreten. Vermuthlich ist in diesem Fall, wo die Proposition an die Stelle der Insinuation trat, die Abschrift für die kaiserlichen Commentarien in gewöhnlicher Weise genommen und das mit dem *recognovi* versehene Original der proponirenden Behörde zugesandt worden, die dann in diese

[1]) Dies geht daraus hervor, dass die Urkunde in einer Halle der Traiansthermen aufgestellt worden ist; denn dass das Amtslocal des Stadtpräfecten am Tellustempel, unmittelbar bei diesen Thermen sich befand, beweist die an deren Stelle gefundene, im Staatsrecht 2 [3], 1062 A. 4 erörterte Inschrift.

Wachstafeln oder Papyrusblätter in geeigneter Weise dem Publicum Einsicht gewährte.

Dass die öffentliche Aufstellung der kaiserlichen Erlasse, welche hier zum ersten Mal in urkundlicher Beglaubigung auftritt, uns überhaupt als etwas neues erscheint, ist nicht die Schuld der Ueberlieferung, sondern unsere eigene. In den uns erhaltenen Sammlungen kaiserlicher Erlasse ist die Unterschriftsformel *proposita* mit folgendem Datum, auch wohl mit Ortsangabe, man darf vielleicht sagen ständig. Schon die beiden ältesten darin enthaltenen datirten Erlasse, allerdings erst von Pius aus den J. 150 und 155 [1]), sind damit versehen und unzählige Male kehrt sie späterhin wieder. Wie zerrüttet auch die Subscriptionen im einzelnen sind, wenn die Historiker wie die Juristen, darunter auch ich, fast einstimmig diese Formel als irrig oder müssig bei Seite geschoben haben [2]), so ist dies eine Unmöglichkeit, von der sich nach dem Bekanntwerden der thrakischen Urkunde jeder nicht ohne einige Beschämung überzeugen wird. Wir alle werden also in mancher Hinsicht umzulernen haben; hier soll versucht werden die Tragweite dieser Proposition rechtlich wie historisch wenigstens in ihren Umrissen zu bestimmen.

Für die Rechtswissenschaft verschwindet hinsichtlich der juristischen Stellung der kaiserlichen Rescripte durch die Hinzunahme der Proposition eine wesentliche Schwierigkeit. Wenn dem Erlass des Princeps für den einzelnen Fall, den er betrifft, nach den bestehenden Ordnungen des Principats die rechtliche Verbindlichkeit nicht bestritten werden kann, so erklärt dies doch keineswegs, wie die Rechtslehrer dazu gekommen sind den kaiserlichen Constitutionen schlechthin *legis vicem* beizulegen. Allgemeine Verbindlichkeit kommt dem Rescript auch dann nicht zu, wenn dasselbe auftritt als Handhabung des bestehenden Rechts; die weitere Rechtsprechung wird dadurch formell so wenig gebunden wie durch die Rechtsauffassung des Vorrichters. Der Kaiser hat den einzelnen Fall entscheiden wollen und entschieden; diese Entscheidung

[1]) Cod. Iust. 2, 12, 1. 2, 1, 1. — [2]) Statt aller nenne ich Krügers Geschichte der Quellen des röm. Rechts S. 96. Eine Ausnahme macht Karlowa, Rechtsgesch. 1, 651; rechten Gebrauch aber hat auch er von seinem berechtigten Widerspruch nicht gemacht.



hat Rechtskraft, nicht aber deren Motivirung. Diesen Mangel der Allgemeingültigkeit der kaiserlichen Rescripte, welchen die spätere Gesetzgebung ausdrücklich betont[1]), hat im Princip sicher auch die ältere festgehalten. — Aber wenn das Rescript durch sofortige und officielle Promulgation zur allgemeinen Kunde gebracht wurde, so trifft diese Auffassung nicht mehr zu, wird vielmehr dadurch der Sache nach das Rescript zum Edict und wenn dasselbe seinem Inhalte nach auch auf andere Fälle angewendet werden kann, so beweist die hinzutretende Promulgation die Absicht des Herrschers seinem Erlass diese allgemeine Anwendbarkeit zu geben. Die Schranken, denen das Eingreifen des Kaisers in die Gesetzgebung überhaupt unterliegt, werden dadurch nicht hinweggeräumt; aber sie sind dieselben bei dem promulgirten Rescript wie bei dem Edict. Der hieraus allerdings sich ergebenden Consequenz, dass die in unseren Rechtsquellen aufgenommenen oder angeführten Rescripte zu den promulgirten gehören, steht anscheinend kein Hinderniss im Wege. Dass die nicht durch Citate, sondern direct überlieferten Rescripte der grossen Masse nach als öffentlich aufgestellt bezeugt sind, ist schon hervorgehoben worden; wo andere Formeln dafür eintreten, schliessen diese die Proposition wenigstens in den meisten Fällen nicht aus[2]). Auch die Frage, auf welchem Wege die an die verschiedensten Personen gerichteten Rescripte den Juristen bekannt geworden sind, bisher ohne Antwort, lässt sich unter dieser Vor-

---

[1]) Arcadius C. Th. 1, 2, 11: *rescripta ad consultationem emissa vel emittenda in futurum iis tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur.* — [2]) Insbesondere gilt dies von der nächst häufigen *data*. Dass diese mit *proposita* wechselt (Krüger a. a. O.), ist zwar sicher auf Willkür der Sammler zurückzuführen, aber an sich nicht verkehrt; der Tag der Ausfertigung und der des Aushangs fielen wohl oft, vielleicht der Regel nach zusammen. Auch proposita sine die et consule ist nicht widersinnig, sondern besagt nur, dass wohl der Aushang, aber nicht dessen Datum sich constatiren liess. Der Formel *accepta* steht allerdings das Bedenken entgegen, dass die Promulgation vom Kaiser verfügt wird und daher der Empfangsort dabei nicht in Betracht kommt, ja bei dem Wegfall der Insinuation geradezu wegfällt; sie ist aber selten (z. B. Cod. Iust. 5, 3, 5 = 9, 9, 18: *accepta id. Mai. Antiochiae Tusco et Basso cos.*, d. i. 15. Mai 258; Krüger a. a. O.) und es können diese Erlasse missbräuchlich in die Constitutionensammlungen gerathen sein.



aussetzung mit hoher Wahrscheinlichkeit erledigen durch den Hinweis auf den *liber libellorum rescriptorum et propositorum*, welchen unsere Urkunde nennt; aus diesen Bänden werden sowohl die juristischen Schriftsteller wie späterhin die Rescriptensammler geschöpft haben und wir brauchen nicht mehr uns mit dem wenig glaublichen Behelf zufrieden zu geben, dass jeder Jurist diejenigen kaiserlichen Erlasse allegirte und recipirte, die ihm zufällig zu Händen kamen. Dass, wie es notorisch ist, in den Constitutionensammlungen manche Jahrgänge ganz oder so gut wie ganz fehlen, während andere sehr zahlreich vertreten sind, legt die weitere Vermuthung nahe, dass die zur Proposition bestimmten kaiserlichen Erlasse, ähnlich wie in der Correspondenz Gregors des Grossen, zu Jahrgangbänden vereinigt waren und in dieser Gestalt von den Rechtsgelehrten ausgezogen worden sind. — Dass die Juristen, wo sie ziemlich obenhin von der Rechtskraft der Rescripte sprechen, des Requisits der Promulgation nicht ausdrücklich gedenken, wird sich auch wohl daraus erklären, dass jene *libri libellorum ab imperatoribus propositorum* ihnen hiebei im Sinn lagen. Mag immerhin im Verlauf der Zeit manche kaiserliche Willensmeinung, die nicht zur Promulgation gelangt war, mehr oder minder abusiv unter die Rechtsquellen gerathen sein: das formale Fundament der Rescriptengesetzgebung ist sicher die Proposition.

Die historische Betrachtung der Institution wird auf diese Ausführung fussen dürfen: sie wird das Umsichgreifen der Proposition an dem Umfang messen dürfen, den die Rescripte in unseren Rechtsquellen einnehmen, und zu versuchen haben diese indirecten Spuren mit den directen zu einer Gesammtauffassung zu vereinigen.

Unleugbar steht die Proposition mit dem Wesen des Rescripts in Widerspruch. Das Schreiben des Kaisers, mag es an einen Privaten oder an einen Beamten, an eine Corporation oder an eine Gemeinde gerichtet sein, gelangt naturgemäss nur zur Kenntniss des Adressaten; dass der Briefsteller den Brief zur allgemeinen Kunde bringt, ist dem Wesen des Briefes zuwider und bei den kaiserlichen Erlassen umsoweniger angezeigt, als dem Herrscher für jede Mittheilung, die er einem weiteren Kreis machen will, die Form

des Edicts zur Verfügung steht. Wie die Publication zum Wesen des kaiserlichen Edicts gehört, so ist sie bei dem kaiserlichen Rescript eine Anomalie. Wohl können, namentlich bei Schreiben des Regenten, besondere Umstände die Veröffentlichung einzelner derselben durch die Regierung oder die Empfänger herbeiführen; aber die nicht durch den Inhalt des einzelnen Actenstückes motivirte, sondern generelle und ständige Institution, wie wir sie jetzt kennen gelernt haben, ist eine Missbildung, bei der man berechtigt ist nach ihrem Ursprung und ihrer Entwickelung zu fragen.

Dass in der That während des ersten Jahrhunderts die Kaiserbriefe nur ausnahmsweise öffentlich bekannt gemacht worden sind, geht theils aus dem Bestande des Rechtsmaterials hervor, theils aus einem unmittelbaren, allerdings in unklarer Form überlieferten Zeugniss.

Dass unsere Rechtsquellen von keinem Regenten vor Traian Rescripte beibringen [1]), kann nicht zufällig sein, da es an Anführungen von Senatsschlüssen und Kaiseredicten aus dieser Epoche in denselben Quellen keineswegs fehlt, auch anderweitig Rescripte dieser Kaiser mehrfach erwähnt werden. Wir werden jetzt sagen dürfen, dass nicht das Rescript überhaupt, sondern nur das promulgirte Rescript zu dem Rechtsmaterial gehört und die Kaiserschreiben in dieser Epoche der Regel nach nicht zur Veröffentlichung gelangten. Darf man nach dem Bestande unserer Ueberlieferung auf die Einführung der Promulgation schliessen, so zeigen sich bescheidene Anfänge derselben unter Traianus [2]). In umfassenderem Maase treten die Rescripte Hadrians auf; das älteste in unseren Consti-

---

[1]) Die einzige wesentliche Instanz, die Anführung eines Rescriptes von Domitian bei Paulus Dig. 48, 16, 16 wird dadurch aufgehoben, dass derselbe Erlass von dem älteren Papinian Dig. 48, 3, 2, 1 als Edict bezeichnet wird. Wenn Callistratus (Dig. 40, 15, 4) von einem Rescript des Claudius selbst mit Nennung des Adressaten, Charisius (Dig. 50, 4, 18, 30) von Rescripten Vespasians und Hadrians reden, so kann missbräuchliche Anwendung eines technischen Ausdruckes am wenigsten bei diesen Autoren befremden. — [2]) Von ihm werden einzelne den späteren gleichartige Rescripte angeführt, zum Beispiel von Ulpian Dig. 48, 18, 1, 11: *servum mariti in caput uxoris posse torqueri divus Traianus Servio Quinto rescripsit* und von Modestin Dig. 48, 17, 5, 2: *divus Traianus inter moventia fructus quoque haberi rescripsit.*

tutionensammlungen erhaltene rührt von ihm her und ebenso sind unter den von Gaius angeführten die ältesten hadrianisch. Die ständige Promulgation der dazu geeigneten Kaiserbriefe wird also auf Traian oder, wie so viele andere Neuerungen, auf Hadrian zurückgeführt werden dürfen.

Auf diese Neuerung scheint eine oft behandelte, aber in Folge des missverstandenen Wesens des Rescripts bisher nicht richtig aufgefasste Meldung in den Kaiserbiographien sich zu beziehen. *Fuit* heisst es in der Biographie des Macrinus [1]), *in iure non incallidus, adeo ut statuisset omnia rescripta veterum principum tollere, ut iure, non rescriptis ageretur, nefas esse dicens leges videri Commodi et Caracalli* (*et* zu streichen) *hominum imperitorum voluntates, cum Traianus numquam libellis responderit, ne ad alias causas facta proferrentur* [2]), *quae ad gratiam composita viderentur.* Dass Traianus auf die Eingaben nicht geantwortet haben soll, ist nicht bloss in sich unvernünftig und als Lobspruch geradezu widersinnig, sondern der Schreiber verbietet selber die wörtliche Auslegung dieser Worte, indem er als Motiv des Kaisers hinstellt, dass die einer Person gewährte Vergünstigung nicht auf andere übertragen werden dürfe, also die günstige Bescheidung der Eingabe voraussetzt. Darum habe ich und haben andere in diese Worte den Sinn gelegt, dass Traian es unterlassen habe Rechtsbelehrungen zu ertheilen [3]). Aber dies kann der Schreiber nicht im Sinn gehabt haben; denn *libellis respondere* heisst nicht juristische Responsa ertheilen, sondern die Bittschreiben beantworten, und vor allem passt diese Auffassung nicht zu der Motivirung: die Anwendung der Rechtsbelehrung auf andere Fälle als für den sie ertheilt ward, hat mit der Ausdehnung einer Vergünstigung auf andere Personen nichts gemein. Jetzt bietet

---

[1]) c. 13, 1. Dass dieses Stück zu den guten Bestandtheilen der Sammlung gehört, zeigt schon die Anlehnung des Anfangs an Herodian 4, 12, 1. — [2]) *Factum* im Sinne von Bescheid, Erlass kehrt wider vita Gord. 5, 7 und in anderen von Gothofred zu C. Th. 1, 2, 9. 11, 29, 6 angeführten Stellen. Das überlieferte *praeferrentur* ist wohl verdorben; *praeferre* kann nur heissen voranstellen und die Erklärung, dass ein späterer Petent Abschrift des früheren Erlasses seiner Eingabe voranstelle (etwa wie das Wort gefasst werden muss in *praelato legis tenore* C. Th. 16, 2, 31 fin.), ist gekünstelt und passt auch nicht zu der Präposition *ad*. — [3]) Staatsrecht 2³, 912. Hirschfeld V. G. 1, 208.



sich eine andere Erklärung des Berichts. Es handelt sich darin um die Anwendung der Rescripte an Gesetzes Statt; wenn diese, wie wir jetzt annehmen dürfen, durch die Proposition bedingt war und der Schreiber, gemäss den Verhältnissen seiner Zeit, nicht die Rescripte schlechthin, sondern die publicirten Rescripte im Sinn hat, so kann man seine unter allen Umständen im Wortsinn unhaltbare Angabe *Traianum numquam libellis respondisse* dahin paraphrasiren, dass Traian auf die an ihn gerichteten Anfragen nicht im Wege der Proposition die Antwort ertheilt hat und die ungeschickte Fassung bei einem Schriftsteller dieser Art hinnehmen[1]. Damit ist die Begründung in Harmonie: bei der Publication derartiger personaler Erlasse lag allerdings die Gefahr nahe, dass die allgemeine Rechtsbelehrung und die personale Vergünstigung in einander flossen. Ja wenn, wie es scheint, bereits Traian in einzelnen Fällen dergleichen Erlasse öffentlich publicirt hat, so ist vielleicht, was bei dem Biographen als Begründung auftritt, vielmehr als Einschränkung zu fassen und hat Traianus die Proposition bei rechtsbelehrenden Rescripten zugelassen, dagegen bei den nicht zu analoger Anwendung geeigneten Erlassen, insbesondere den personalen Vergünstigungen dieselbe ausgeschlossen.

Die weitere Entwickelung der Rescriptenpromulgation können wir, wie es scheint, einigermassen an dem Bestand unserer Constitutionensammlungen verfolgen. Unter den Kaisern des zweiten Jahrhunderts hat sie sich allem Anschein nach in mässigen Grenzen gehalten und erst mit Severus grössere Verhältnisse angenommen, da in unserer Sammlung zweiundzwanzig Erlassen der sämmtlichen Herrscher von Hadrian bis Pertinax weit über hundert des Severus gegenüberstehen. Analogen Umfang behält die Proposition durch das ganze dritte Jahrhundert[2] und tritt namentlich unter Diocletian in gewaltiger Massenhaftigkeit auf. Wenn unmittelbar darauf mit Constantin das kaiserliche Rescript aus den Rechtsquellen

[1] Correctur wäre nicht schwierig, zum Beispiel durch Einschaltung von *sic* vor *responderit*, scheint mir aber nicht erforderlich. — [2] Dass von Macrinus keine Rescripte angeführt werden, kann darauf zurückgehen, dass er die Proposition missbilligte, aber ebensowohl Zufall sein.

plötzlich verschwindet, während die Fortdauer des Rescribirens auch für diese Epoche ausser Zweifel ist, so wird dies jetzt darauf zurückgeführt werden dürfen, dass damals die öffentliche Aufstellung der kaiserlichen Rescripte abgeschafft worden ist und man zurückgekehrt ist zu der alten natürlichen Auffassung, dass der Brief, auch der des Kaisers, an den Adressaten geht und nicht an das Publicum.

Es bleibt noch übrig die Frage, welchen Zwecken die Proposition der Kaiserbriefe gedient hat, soweit möglich zu beantworten. Dass der Herrscher einzelne von ihm im Wege des brieflichen Bescheides erlassene Verfügungen zur allgemeinen Kenntniss bringt, sich zur Ehre, andern zur Warnung oder zur Nachfolge, ist selbstverständlich von Anfang an unter dem Principat vorgekommen und bedarf der Erörterung nicht. Auch die ständige Publication hat dazu dienen können dem Publicum von der Fürsorge des Herrschers für den Staat ein lebendiges und stets sich erneuerndes Bild zu geben und ist sicher auch in diesem Sinn gehandhabt worden; aber für die Institution als solche reichen wir mit dieser flachen Auffassung nicht aus.

Nahe liegt die Annahme, dass diejenigen Rescripte, welche zur öffentlichen Aufstellung gelangten, mit Rücksicht auf die Rechtshandhabung ausgewählt worden sind. Dadurch, dass die auf uns gekommenen Auszüge aus den *libri libellorum propositorum* meistens rechtsbelehrenden Inhalts sind, wird dies freilich nicht erwiesen; denn diese Auszüge sind eben zum Zweck der Rechtsprechung gemacht, und also können die vollständigen Bände andere für diesen Zweck nicht in Betracht kommende Schreiben füglich daneben in grosser, ja in überwiegender Anzahl enthalten haben. Aber unstreitig ist die Proposition des Rescripts für das Eingreifen der späteren Kaiser in die Rechtsbildung eine wichtige Handhabe gewesen. Für directe Rechtssetzung steht dem Kaiser die Form des Edicts zu Gebote; die an ihn gerichtete Anfrage in dem einzelnen Rechtsfall kommt der Sache nach auf die Erbittung eines Responsum hinaus und es gehört die Antwort wie des Juristen so des Kaisers zu der *iuris interpretatio.* Wenn nun die letztere zur Proposition gelangte, war sie allgemein gültige, nach dem herkömmlichen Ausdruck authentische Interpretation; und wahrscheinlich hat

während des zweiten Jahrhunderts das öffentlich aufgestellte Rescript den Kaisern als das rechte Organ für diese authentische Interpretation der Rechtsnormen gedient. Ein Erlass aus der Zeit des Marcus und Verus[1]) berichtet hinsichtlich einer erbrechtlichen Controverse, dass sie in einem frühern Fall diese nach der Ansicht des Proculus — *sane non levis iuris auctor* — entschieden haben und auch Volusius Maecianus *amicus noster ut et iuris civilis praeter veterem et bene fundatam peritiam anxie diligens* habe diese persönlich dem Kaiser gegenüber gebilligt: *religione rescripti nostri ductus coram nobis adfirmavit non arbitratum se aliter respondere debere.* Aber dann hätten sie die Sache noch einmal eingehender *(plenius)* in Gegenwart Maecians und anderer Freunde erwogen und sich schliesslich für eine andere Auffassung entschieden, *plurium etiam iuris auctorum, sed et Salvi Iuliani amici nostri clarissimi viri hanc sententiam fuisse.* Hier stehen also die kaiserlichen Rescripte materiell ganz auf einer Linie mit den Responsen und unterscheiden sich von diesen nur durch die stärkere Rechtskraft. Auch von den Rescripten aus dem dritten Jahrhundert gilt noch häufig dasselbe: ganz gewöhnlich ertheilen sie lediglich Rechtsbelehrung, und in einem solchen Alexanders[2]) wiederholt dieser einfach ein *responsum Domitii Ulpiani praefecti annonae iuris consulti amici mei.* Bei der allgemein anerkannten materiellen Gleichartigkeit des Rescripts und des Responsum ist es nicht nöthig dabei länger zu verweilen. Aber andererseits liegt es im Wesen der authentischen Interpretation, dass sie ihre Schranken nicht einhält und mehr oder minder in die Rechtssetzung übergreift; und dies ist auch in Rom der Fall gewesen. Die Worte, die Tertullian[3]) an die africanischen Statthalter richtet: *cottidie ... totam illam veterem et squalentem silvam legum novis principalium rescriptorum et edictorum*[4]) *securibus truncatis et caeditis* bestätigen einestheils den aus der Massenhaftigkeit der in unseren Rechtsbüchern enthaltenen severischen Rescripte schon früher gezogenen Schluss auf die damals eintretende Steigerung der Zahl der promulgirten Rescripte und ihre Wichtigkeit für die

---

[1]) Dig. 37, 14, 17. — [2]) Cod. Inst. 8, 37, 4. — [3]) apol. 4. — [4]) Die an den Statthalter gerichteten kaiserlichen Rescripte werden durch dessen Edicte den Unterthanen zur Kenntniss gebracht.

Rechtspflege, andererseits, dass Rechtsänderungen damals häufig auf diesem Wege stattgefunden haben. Dass dann diese verschleierte Legislation unter Constantin abgeschafft ward, ist nur folgerichtig. Nach dem damals neugestalteten Staatsrecht geht die gesetzgebende Gewalt über auf den Kaiser unmittelbar und die durch den formellen Mangel dieses Rechts hervorgerufene weite Ausdehnung des kaiserlichen Rechts authentischer Interpretation war somit überflüssig und wurde beseitigt.

Aber wenn auch die Proposition der Rescripte dazu gedient hat, um denselben allgemeine Anwendbarkeit, *legis vicem* zu verschaffen, was nicht füglich bezweifelt werden kann, wenn sogar, was wenigstens möglich ist, die Einrichtung zunächst zu diesem Zweck getroffen worden sein sollte, es genügt dies nicht, um die Art und den Umfang zu erklären, in welchem die Proposition der Rescripte uns entgegentritt. Die uns erhaltenen sehen ganz und gar nicht aus wie gesammelte Entscheidungen zweifelhafter Rechtsfragen; Erlasse, die unbestritten geltende Rechtssätze lediglich aussprechen, finden sich unter denselben in grosser Zahl und wir durch das Mass der heutigen officiellen Höflichkeit nicht verwöhnten Neueren bewundern in denselben sehr häufig die Geduld und die Courtoisie der römischen Behörden gegenüber recht überflüssigen und zuweilen albernen Fragen. Vor allem aber fügt der neu gefundene Erlass an das pautalische Dorf dieser Auffassung sich in keiner Weise: die Widerrechtlichkeiten, welche dessen Bewohnern insbesondere von den Soldaten zugefügt wurden, konnten juristisch nichts lehren und noch weniger der kaiserliche Bescheid, der einfach darauf hinauslief, dass weitere Erhebung des Thatbestandes erforderlich sei. Aber er kommt uns selbst zu Hülfe, indem er zugleich, wie schon ausgeführt ward, uns lehrt, dass durch die Proposition der Antwort die Insinuation derselben überflüssig ward, man es alsdann den Parteien überliess, sich von dem öffentlich aufgestellten Erlass auf dem hergebrachten privaten Weg beglaubigte Abschrift zu beschaffen. Dies war nicht für die Parteien, aber wohl für die Regierung eine nicht geringe Erleichterung: man vermied die Mahnung des Petenten um die Antwort, die Ermittelung seines Aufenthaltsorts in Rom oder ausserhalb, die oft wohl schwierige Frage nach der Legi-

timation der zum Empfang sich meldenden Person; man ersparte sich ferner die gewiss oft genug vorgetragenen Bitten der Gegenpartei oder anderer betheiligter Personen um Zustellung einer Abschrift des Bescheides. Wenn die bei der Regierung eingehenden Petitionen im Kabinet erledigt waren, wurden die Bescheide nebst Anlagen nach genommener Abschrift einfach an den Stadtpräfecten geschickt und den betheiligten oder auch nicht betheiligten Personen gestattet davon auf ihre Kosten und durch ihre Bemühung Abschriften zu beschaffen. Von diesem Standpunkt aus wird es begreiflich, dass bei denjenigen kaiserlichen Briefen und Bescheiden, welche an sich der Oeffentlichkeit übergeben werden konnten, die Insinuation in grossem Umfang durch die Proposition ersetzt ward und dass sich also diejenige Rescriptenmasse bildete, aus der die excerpirenden Juristen entnahmen, was wir der Art in unseren Rechtsbüchern aufgenommen oder angezogen finden[1]).

XI.

Iudicium legitimum.

Von

Theodor Mommsen.

Es ist in neuester Zeit viel verhandelt worden über den Begriff, den die Römer mit *iudicium legitimum* verbanden; und es ist derselbe in der That von solcher Wichtigkeit nicht bloss für das römische Civilrecht, sondern für die römische Rechtsanschauung überhaupt, dass es mir zweckmässig scheint meine von den jetzt, wie es scheint, vorwaltenden abweichende Anschauung hier vorzulegen. Wenn ich es unterlasse, auf jene unmittelbar einzugehen, so geschieht es, weil die neueste

[1]) Während des Druckes geht mir eine kurze Abhandlung Karlovas zu 'zur Inschrift von Skaptoparene' (neue Heidelberger Jahrbücher J. 2 [1892] S. 141—146). Sie hat die Untersuchung nicht weiter gefördert und mir keine Veranlassung gegeben meinen Ausführungen etwas zuzusetzen oder daran zu verändern.

Behandlung der Frage durch einen ebenso feinen wie irritablen Forscher mir ein Abbrechen der directen Discussion zu fordern scheint; die Sache selbst wird auch ohne Altercation behandelt werden können. Dass es mir möglich gewesen ist die bei den classischen Juristen obwaltende Terminologie in ihrer Vollständigkeit zu erwägen, verdanke ich meinem Freunde Gradenwitz, welcher die für das Digestenlexikon gesammelten Materialien mir für diese Untersuchung zur Verfügung gestellt hat[1]).

Das Wort, um das es sich hiebei handelt, *legitimus* nebst dem darin enthaltenen Grundstamm *lex* kommt bei den Römern theils in allgemeiner Geltung vor, theils in technischer Verwendung. Jene ist der Beziehung nach ebenso mannichfaltig wie dem Werthe nach einfach; diese beschränkt sich auf sehr wenige, aber feste und wichtige Wortverbindungen.

In allgemeiner Geltung kommt das Prädicat *legitimus,* das heisst gesetzlich, jeder Einrichtung zu, welche der Rechtsordnung entspricht, ohne Unterschied, ob dieselbe allgemein oder irgend ein bestimmtes Gesetz in das Auge gefasst wird. Den begrifflichen Gegensatz macht hier immer die einfache Negation des Gesetzes, je nach Umständen das widerrechtliche oder auch das nur durch magistratisches Belieben angeordnete Verfahren, welche letztere Verwendung selbstverständlich vorzugsweise bei den Juristen hervortritt. Es wird nicht überflüssig sein unter den zahllosen Verbindungen, in denen das Wort in seiner allgemeinen Geltung auftritt, die wichtigeren bei den Juristen begegnenden hervorzuheben; zu beachten ist dabei, dass keine einzige derselben der eigentlich technischen Sprache angehört und das Wort darum auch keineswegs besonders häufig in den Rechtsbüchern auftritt. Die technische Sprache bedient sich, wie billig, überwiegend der einfachen, die Gesetzmässigkeit an sich einschliessenden Bezeichnung und nur in besonderem Anlass, namentlich im Gegensatz zu illegitimen Analogien, wird die Legitimität accentuirt. Interpolirend haben die Compilatoren es wahrscheinlich häufig angewendet, um abgeänderte Institutionen in bequemer Weise umzunennen; sprachlich correct ist aber der Gebrauch auch in dieser Handhabung.

[1]) Für die hier behandelten Wortverbindungen gebe ich die bei den juristischen Classikern vorkommenden Belege vollständig, wo nicht das Gegentheil gesagt ist. Die Digestenstellen sind mit den blossen Ziffern angeführt.



civis Romanus legitimus Marcianus 49, 14, 32 — *magistratus legitimus* Pomponius 1, 2, 2, 19.

matrimonium legitimum, nuptiae legitimae, uxor legitima: Celsus 1, 5, 19. Pomponius 23, 2, 4. Papinian 48, 5, 12, 12. Callistratus 50, 1, 37, 2. Ulpian 1, 5, 24. Paulus 23, 2, 10.

filius legitimus, liberi legitimi: Scaevola 36, 3, 18 pr. Paulus 23, 2, 65, 1. 28, 6, 45 pr. — *(filius) legitime quaesitus* Ulpian 50, 2, 3, 2. — *liberi legitime concepti* Marcus und Verus (Marcianus) 23, 2, 57a.

tempus legitimum von der Trauerzeit: Ulpian 3, 2, 8. 3, 2, 11, 1. 2. Paulus 3, 2, 10 pr. — von der Ersitzungsfrist Tryphoninus 49, 15, 12, 8. Paulus 24, 1, 24. — von dem Verlust der dinglichen Rechte durch Nichtgebrauch Marcellus 8, 6, 13. Papinian 7, 1, 5 — von der Prozessverjährung Ulpian 5, 1, 32. Paulus 4, 3, 18, 4 — von den Fristen für Rückerstattung der Mitgift Ulpian 24, 3, 24, 3 — von der Zahlungsfrist für den Verurtheilten Papinian 22, 1, 3 pr. Ulpian 42, 1, 4, 5 — von der Restitutionsfrist Ulpian 4, 4, 19 — von der Klagbefristung Paulus 3, 3, 72. Bei den zuletzt genannten Stellen liegt vielleicht insofern Interpolation vor, als die hier festgesetzten Fristen ursprünglich bloss prätorische sind[1]).

aetas legitima bei Livius 25, 2, 6 von den Altersgrenzen für die Magistratur, im Civilrecht von der Majorennität: Pomponius 27, 7, 1 pr. Scaevola 49, 1, 28, 2. Papinian Vat. 69. Paulus 26, 2, 32, 2. Marcianus 39, 4, 16, 9. Modestinus 3, 5, 26 pr. 34, 3, 20, 1. 46, 1, 41 pr. Die relativ sehr geringe Zahl der Belegstellen zeigt, dass diese Bezeichnung der

---

[1]) An den übrigen Stellen waltet an sich gegen die Verwendung des Wortes kein Bedenken ob. Aber da, wie mir Gradenwitz bemerkt, alle also bezeichneten Fristen, Trauerzeit (Cod. 5, 9, 2), Ersitzung (Cod. 7, 31), Servitutenverlust (Cod. 3, 33, 16. tit. 34, 16), Prozessverjährung (Cod. 3, 1, 13), Mitgiftfristen (Cod. 5, 13), Zahlungsfristen nach Verurtheilung (Cod. 7, 54, 2) auf später Rechtsänderung beruhen, so ist wahrscheinlich auch bei diesen das allgemeine Wort vielfach für die präcisere Bezeichnung interpolirt worden.

Majorennität keineswegs die technische war[1]). Bemerkenswerth ist es, dass nie die Pubertät also bezeichnet wird; wahrscheinlich desshalb, weil die Majorennität durch die plaetorische *lex quinavicennaria* fixirt war, die Pubertät aber der formalen Fixirung entbehrte.

horae legitimae bei Cicero Verr. l. 1, 9, 25 von der durch die Processgesetze dem Redner gesetzten Maximalzahl der Stunden.

modus legitimus von dem gesetzlichen Maximum der Schenkungen und Honorare: Sev. und Ant. (Ulpian) 50, 13, 1, 10. Paulus 44, 4, 5, 2. 5 — von dem der Zinsen: Ulpian 17, 1, 10, 3 *usurae quae legitimo modo in regionibus frequentantur,* oder auch *supra modum legitimae usurae* Papinian 22, 1, 9 pr. oder *supra legitimum modum* oder ähnlich Ulpian 12, 6, 26 pr. 13, 4, 2, 8. Paulus 20, 2, 8.

usurae legitimae sind genau genommen nicht die Maximalzinsen, sondern die erlaubten Zinsen bis zum Maximum (Pomponius 45, 1, 90. Papinian 20, 1, 1, 3. 22, 1, 9, 1. 22, 2, 4 pr.); wo die Maximalzinsen so heissen (Papinian 22, 2, 4, 1. Ulpian 26, 7, 7, 4. 7), kann dies zwar entschuldigt werden, so gut wie Ciceros *horae legitimae* und anderes, ist aber doch vielleicht Interpolation, wie denn überhaupt die Stelle Papinians Vat. 11 zeigt, dass in der justinianischen Redaction *centesima* durch *legitima* ersetzt ist und auf diese Stellen sich also nicht mit Sicherheit bauen lässt[2]).

spatium legitimum oder *modus legitimus* von dem gesetzlichen Mindestzwischenraum der Gebäude Pomponius 11, 8, 3, 1. Papirius Iustus 8, 2, 14.

---

[1]) Gradenwitz macht darauf aufmerksam, dass in die Pomponiusstelle die *aetas legitima* wohl durch die Compilatoren eingesetzt ist, weil nach justinianischem Recht der Minderjährige nicht Vormund sein kann und dass auch Scaevola wohl nur mit dem Tutor sich beschäftigt hat, dem dann der Curator angefügt wurde. — [2]) '*Ad finem centesimae* Papinian 22, 2, 4, 1 ist vielleicht nur durch Versehen stehen geblieben. Die Wendung *fini legitimae* bei demselben 20, 1, 1, 3 jener Stelle und Vat. 294 *fini decimarum* legt die Vermuthung der Interpolation nahe'. Gradenwitz.

latitudo legitima von der gesetzlichen Mindestbreite der Wege Iavolenus 8, 3, 13, 2.

numerus legitimus bezogen auf die Testamentszeugen Gai. 2, 109 — auf die Maximalzahl der testamentarischen Freilassungen Paulus *sent.* 4, 1, 16 wie Pomponius *legitimi testes* 28, 6, 16, 1 — auf die zur Beschlussfassung erforderliche Zahl der Decurionen Marcian 50, 9, 2.

stipendia legitima von Soldaten Ulpian Vat. 144.

pars legitima von der gesetzlichen Quote des Patrons an der Erbschaft des Freigelassenen Ulpian 38, 2, 19 pr. Von der falcidischen Quart scheint die gleiche Bezeichnung nicht vorzukommen.

actio legitima im Gegensatz zur *actio honoraria* Ulpian 19, 5, 14, 3: *Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim, nam neque ex lege XII tabularum de pastu pecoris . . . neque de pauperie neque damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.* Ebenso Maecianus 35, 2, 32 pr. Ulpian 9, 3, 5, 12. Paulus 39, 1, 19. Coll. 2, 5, 4. 5; oder im Gegensatz zur *actio utilis:* Pomponius 39, 3, 22, 2. Abgesehen von Pomponius 1, 2, 2, 6, wo *legitima actio* als rein sprachliche Erklärung zu *legis actio* auftritt, hat das Adjectiv neben *actio* nie den weiterhin erörterten technischen Werth.

ius legitimum ist ebensowenig im technischen Gebrauch wie *actio legitima* und bezeichnet gleichfalls, wo es nicht, wie Gai. 4, 103, bloss in der Worterklärung auftritt, sachlich das volle Recht, im Gegensatz zu dem fehlenden oder mangelhaften. Scaevola 31, 88, 17: *pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.* Ulpian 27, 7, 4, 3: *iure legitimo stipulatio interposita.* Gaius 4, 111 von der prätorischen Klage: *imitatur ius legitimum.* Wo das Wort sonst auftritt, bezieht es sich auf das Erbrecht und steht offenbar unter dem Einfluss des für den civilrechtlichen Intestaterben technischen Ausdrucks *heres legitimus*; *legitimum ius* wird dem agnatisch oder patronatisch Erbberechtigten beigelegt Gai. 3, 51. D. 37, 14, 22, auch dem *suus* Gai. 3, 37 (wenn richtig ergänzt). Ulp. 28, 13, dem

bloss vom Prätor zugelassenen abgesprochen Gai. 2, 149. 3, 22. 26. 27. 28. Ulp. 28, 9. In einigen wenigen Stellen wird sogar der testamentarische Erbe dem *heres iure legitimo* entgegengestellt (Papinian 31, 69 pr.: *testator . . . si, cum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis.* Paulus 17, 2, 3, 2: *quaeritur . . . quae sit iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenit an etiam ea quae testamento? et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere*) und ist der Ausdruck offenbar periphrastisch gebraucht für den daneben verwendeten technischen *heres legitimus.* Aber dass *heres iure legitimo,* wenn es auch vom Testamentserben allein nicht gebraucht wird, wenigstens diesen einschliessen kann, wird anerkannt durch die dem Gaius für den civilrechtlichen Intestaterben geläufige Wendung *is ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas* (Gai. 2, 35. 36. 119. 149. 167), obwohl die gebräuchliche kürzere Bezeichnung *heres legitimus, hereditas legitima* sich natürlich bei ihm auch findet (2, 149a. 3, 14. 85); der Schriftsteller hat ohne Zweifel durch jene ihm eigenthümliche und gewiss mit Absicht gewählte weitere Fassung dem vorbeugen wollen, dass dem *heres legitimus* der technischen Sprache gegenüber jeder andere Erbe erscheint als nicht nach Civilrecht berufen, wie dies das blosse Wortverständniss nahe legt. Darum bildet auch der Gegensatz zu dem *iure legitimo* berufenen *heres* überwiegend der prätorische Succedent (Gai. 4, 34. Ulpian 29, 4, 1, 9. Paulus 37, 1, 6, 1. 37, 4, 11, 1.).

Aber neben dieser Verwendung des Adjectivs, welche einfach dem durchsichtigen Wortsinn angepasst ist, findet sich eine andere, welche diesen conventionell verengert und eben darum als technische auftritt. Sie tritt nur in bestimmten Verbindungen auf, neben den drei technischen Wörtern *heres (hereditas), tutor (tutela), iudicium.* Ihr gleichartig ist die Verbindung des Grundwortes *lex* mit *agere* und *actio* in den Formeln *lege agere* und *legis actio,* während die sprachlich

gleichwerthige *legitima actio* [1]), wie schon gezeigt ward, nicht der conventionellen Sprache angehört, sondern das Adjectiv hier den allgemein gültigen Werth hat. Die Zusammenfassung des Substantivs und des Adjectivs in diesen conventionellen Redeweisen ist um so unabweislicher, als das *iudicium legitimum* bei Cicero (s. unten S. 276) bezeichnet wird als *iudicium lege.* Wenn Papinian (50, 17, 77) die nach altem Civilrecht geordneten Willensacte, wie die Emancipation und die Tutorenernennung, definirt als *actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem,* so gehört auch dies zu demselben Sprachgebrauch, nur dass der sonst nicht wiederkehrende Ausdruck die Möglichkeit späterer anlehnender Construction desselben offen lässt und mindestens die weitere Erörterung abschneidet. Versuchen wir den Werth jener Bezeichnungen festzustellen.

Heres legitimus (hereditas legitima) wird zuweilen gefunden als Gegensatz zum prätorischen Erbrecht (Julian 29, 7, 3 pr.: *legitima hereditas vel bonorum possessio* 30, 92, 2. Ulpian 36, 1, 6, 1: *sive legitimi, sive honorarii sint successores,* wo aber vielleicht *heres* absichtlich vermieden ist; auch sonst hie und da) und wenigstens von Papinian mitunter auch für den Testamentserben verwendet (28, 7, 28. 31, 77, 23. 40, 5, 23, 2) [2]). Aber diese vereinzelten Stellen können nur gefasst werden als nachlässige oder neologische Abweichung vom conventionellen Sprachgebrauch, der, wie bekannt, vollständig fest steht: *heres legitimus* ist der civilrechtliche Intestaterbe, wobei zwar vorzugsweise an die agnatische oder patronatische Erbfolge gedacht wird, aber auch der *suus* keineswegs ausgeschlossen ist (z. B. Julian 38, 16, 6), wie ja dieser auch in der Classe *unde legitimi* erbberechtigt ist. Dass, so lange das Erbrecht der Gentilen praktischen Bestand hatte, auch diese den *legitimi heredes* zugezählt worden sind,

---

[1]) Pomponius Dig. 1, 2, 2, 6: *legis actiones id est legitimae actiones.* Sprachlich verhalten sich beide Wendungen wie *res mea est* und *res est Titii* und philologisch hat der Schriftsteller also ganz Recht mit jener Gleichung, die aber, von den Juristen falsch bezogen, die auf diesem Gebiet herrschende Begriffs- und Wortverwirrung zum guten Theil veranlasst hat. — [2]) Die mir mitgetheilte Vermuthung, dass hier an Intestatcodicille zu denken ist, dünkt mich nicht wahrscheinlich.



lässt sich nicht füglich bezweifeln. Die technische Verwendung des Wortes, in der es im prätorischen Edict selber gebraucht war, bedarf keiner Belegung; den nächsten Gegensatz dazu bildet der durch Testament berufene Civilerbe, der *heres scriptus*. Die tralaticische Erklärung dieses Kunstausdruckes geht zurück auf die Regulirung der Intestaterbfolge zunächst durch die zwölf Tafeln: *legitima hereditas* ist die, *quae ex lege XII tabularum defertur* (Pomponius 38, 16. 11. Ulpian 37, 14, 11. 38, 17, 1, 8 u. a. St. m.). Auf die nahe liegende Instanz, dass auch das Testament durch eben dieselben zwölf Tafeln anerkannt ist, findet sich in den Quellen keine Antwort. Aber auch wie diese den Begriff fassen, erkennen sie die conventionelle Verengerung des Wortsinnes an, indem ihnen der *heres legitimus* nicht derjenige ist, welcher *lege* succedirt, sondern welcher succedirt nach der Intestatordnung der zwölf Tafeln.

Tutor legitimus (tutela legitima) geht im Gebrauch dem *heres legitimus* völlig parallel, wie denn auch beide Institutionen in der That nur verschiedene Beziehungen derselben Rechtsordnung sind. Hier aber sind wir insofern besser berathen, als der zwiefache Werth der Bezeichnung, der weitere allgemeine und der engere technische, welchen wir bei dem *heres legitimus* erschliessen mussten, für den Vormund von Ulpian selbst in schöner Klarheit dargelegt wird. *Tutores* heisst es in seinem Abriss 11, 2. 3, *aut legitimi sunt aut senatus consultis instituti aut moribus introducti. legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt, per eminentiam autem legitimi tutores dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur seu palam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni.* Also der durch Testament ernannte Vormund, der *tutor dativus* oder *testamentarius,* den, wie Ulpian nachher bemerkt, dasselbe Zwölftafelgesetz bestätigt, und der auf Grund des atilischen Gesetzes vom Magistrat bestellte Vormund, der *tutor Atilianus,* gehören zu den *tutores legitimi* im weitern Sinn, im engern Sinn aber heissen also nur die in dem Zwölftafelgesetz benannten Vormünder. Wo der Ausdruck sonst vorkommt, hat er wohl überall den technischen Werth und schliesst insbesondere den testamentarischen Tutor noch bestimmter aus (Gai. 1, 155. Ulp. 11, 17 und sonst) als der *heres legitimus* den *heres scriptus.* — Vom *curator*

legitimus sprechen nur Gaius (27, 10, 13) und Ulpian (12, 1); es ist dies nichts als eine verschiedene Beziehung derselben conventionellen Redeweise.

Lege agere und *legis actio* sind in ihrem terminologischen Werth jedem bekannt. Die conventionelle Reduction des Begriffs gegenüber dem Wortsinn tritt hier womöglich noch schärfer hervor: *qui agit lege Aquilia, non agit lege.* Evident wird hier die *lex* im eminenten Sinn, wie sie der *legis actio* zu Grunde liegt, unterschieden von der *lex* schlechthin, wie sie in allen nicht technischen Wortverbindungen gebraucht wird. Gefragt kann nur werden, was bei jener *lex* verstanden wird. Die Antwort, wenigstens eine Antwort oder vielmehr zwei giebt Gaius (4, 11): *actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant .... vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur,* was weiter belegt wird durch die Abweisung einer auf das Zwölftafelgesetz wegen abgehauener Bäume gegründeten Klage, weil die Klage auf Weinstöcke statt auf Bäume gestellt worden war. Dass beide Antworten vielmehr Ausreden sind, ist evident. Auf einer *lex* beruht jede civilrechtlich begründete Klage und also freilich auch die *legis actio*; nicht das bedarf der Erklärung, dass bei dieser die *lex* genannt wird, sondern dass nur das Verfahren nach altem Recht *legis actio* genannt werden kann und den *actiones legibus proditae* schlechthin diese Bezeichnung versagt wird. Ebensowenig trifft die zweite Antwort zu: dass die Klage sich im Wortlaut dem Gesetz anzuschliessen hat, gilt ebenfalls allgemein und das von Gaius vorgetragene Beispiel passt genau ebenso auf das Formular-, wie auf das Legisactionenverfahren. In etwas anderer Weise führt Pomponius (1, 2, 2, 6) die *legis actiones* auf die Zwölftafeln zurück, insofern aus diesen die *legis actiones* zusammengestellt sind; man kann auch darauf nur erwidern, dass dies nicht mehr und nicht weniger von zahlreichen Klagen gilt, die nur *actiones* sind, nicht *legis actiones*. Wir werden mit Nothwendigkeit zu einer andern Erklärung gedrängt. Die *lex* welche der *legis actio* zu Grunde liegt und der gewöhnlichen *actio* nicht, kann nichts anderes sein als die älteste mit dem Gemeinwesen selbst ins Leben getretene Rechtsordnung. Diese

konnte mit gutem Fug den späteren Einzelgesetzen gegenüber bezeichnet werden als *lex* im eminenten Sinn.

Wenden wir den hier gefundenen Begriff auf den *heres legitimus* und den *tutor legitimus* an, so heben sich damit die hinsichtlich dieser Ausdrücke gebliebenen Bedenken. Dass die quellenmässige Worterklärung für beide Ordnungen zwar nicht ganz so ungenügend ist, wie die eben erörterte der *legis actio,* aber doch keineswegs befriedigt, haben wir gesehen; ist die hier gemeinte *lex* die der zwölf Tafeln, so schliessen diese den testamentarischen Erben und den testamentarischen Vormund keineswegs aus. Aber nach der ursprünglichen Rechtsordnung ist allerdings das Testament nicht eine *lex,* sondern vielmehr ein *privilegium,* sind die rechtlichen Consequenzen desselben nicht schwächer als diejenigen der lex, aber exceptioneller Art, mithin die ursprüngliche ordentliche Erbfolge der testamentarischen entgegengesetzt. Dies kommt in den Bezeichnungen *heres legitimus* und *heres scriptus* zum Ausdruck. Vielleicht widerstreitet die Auffassung der *lex* als des Urrechts der quellenmässigen, welche auf die Zwölftafeln recurrirt, weniger als es scheint; denn wenn für das Urrecht eine terminologische Bezeichnung begreiflicher Weise fehlt, so tritt das Zwölftafelgesetz in der römischen Anschauung bis auf einen gewissen Grad an dessen Stelle [1]). Wäre einem römischen Juristen die Frage vorgelegt worden, ob es einen *heres legitimus* und einen *tutor legitimus* erst seit der Niederschrift der Decemvirn gegeben hat, wie es erst seit dem atilischen Gesetz einen *tutor Atilianus* gab, er hätte sie sicher verneint.

Wir kommen zu dem *iudicium lege,* wie es Cicero (pro Flacco 21, 50) nennt, oder dem *iudicium legitimum* der Juristen Gaius (1, 184. 3, 83. 180. 181. 4, 103—109), Ulpian (11, 24. 27) und

---

[1]) Man kann damit zusammenhalten die *actio antiqua de tigno iuncto, quae ex lege XII tabularum descendit* (Paulus Dig. 6, 1, 23, 6) und die Bezeichnung des Zwölftafelgesetzes als *lex antiqua* im Gegensatz zu dem aquilischen (Ulpian Dig. 9, 4, 2, 1). *Ius antiquum* ist durchgängig dasjenige, welches herfliesst entweder aus den zwölf Tafeln oder doch aus der den benannten Gesetzen der späteren Epoche voraufgehenden Rechtsordnung (Celsus Dig. 31, 29, 2. Gaius 3, 43. Scaevola Dig. 28, 2, 29, 7. Papinian 39, 6, 42, 1. Tryphonius Dig. 49, 17, 19, 3. Ulpian 1, 21. 4, 31. 18; Dig. 37, 12, 1, 6. 38, 17, 1, 9. 10. l. 2, 20. 22).



Paulus (Vat. 47a). In wie hohem Grade dieser Verbindung technischer Werth zukommt, geht schon daraus hervor, dass sie in unseren Digesten, wo die technische Ausdrucksweise nicht mehr verwendbar war, nirgends erscheint und dass, wo sie bei Juristen oder Nichtjuristen auftritt, sie nie den einfachen Wortsinn hat, sondern, wo dieser zur Anwendung kommen soll, vielmehr *actio legitima* gesetzt wird. Die technische Bedeutung des Wortes definirt Gaius mit aller wünschenswerthen Bestimmtheit. Es wird für diesen Prozess gefordert: Führung desselben in Rom, die Bürgerqualität der Parteien und des Richters und der Rechtsgang der ältesten Ordnung. Ob ausser dem dabei von Gaius allein genannten Einzelrichter noch die Prozesse vor *tres arbitri* und die sonstigen collegialisch besetzten *iudicia* den *iudicia legitima* zugerechnet werden, kann zweifelhaft sein, ist aber wahrscheinlich zu bejahen; ausdrücklich ausgeschlossen ist nur das Verfahren vor Recuperatoren. Wann dieser Begriff und diese Terminologie aufgekommen sind, lässt sich dem Bericht nur insoweit entnehmen, als das julische Prozessgesetz das *iudicium legitimum* bereits vorgefunden und seine Prozessverjährung daran geknüpft hat.

Die Frage, welche *lex* diesem Terminus zu Grunde liegt, wird in unseren Quellen nicht geradezu aufgeworfen; aber wenn Gaius bemerkt, dass das *iudicium legitimum* und das *iudicium ex lege* keineswegs identisch seien, zum Beispiel ein jenen Bedingungen nicht entsprechendes *iudicium ex lege Aquilia* nicht *iudicium legitimum* genannt werden könne, so läuft dies im wesentlichen auf dieselbe Unterscheidung hinaus, welche Ulpian hinsichtlich der Vormundschaft vorträgt, nur dass er einen weiteren und engeren Sprachgebrauch zulässt, Gaius aber den weiteren Gebrauch von *iudicium legitimum* verwirft und dafür *iudicium ex lege* gesetzt haben will, während sprachlich beide Ausdrücke wesentlich zusammenfallen[1]). Der Sprach-

---

[1]) Eigentlich gleichbedeutend sind sie nicht: die adjectivische drückt die organische, die präpositionale die zufällige Verbindung aus. *Civis Romanus* ist allein zulässig, weil das Heimathrecht zum Wesen der Person gehört. *Elephantus Indicus* bezeichnet die Gattung, *elephantus ex India* den nicht nothwendig mit derselben verknüpften früheren Aufenthalt. Regelmässig können trotz der bestehenden Nuance

gebrauch, soweit wir urtheilen können, giebt Gaius Recht; weder *iudicium legitimum* noch *tutela legitima* begegnen anders als in dem engeren technischen Sinn, den Ulpian vorzieht und Gaius vorschreibt.

Welche *lex* ist es nun, die bei dem *iudicium legitimum* zu Grunde liegt?

Wenn jetzt darauf geantwortet wird, dass dies der aebutische dem Legisactionenprozess das Formularverfahren substituirende Volksschluss sei, so deutet nicht bloss auf diesen Gaius mit keiner Silbe hin, sondern sicher hat auch dieser Volksschluss ebenso für die *iudicia quae imperio continentur* wie für die *legitima* den Legisactionenprozess beseitigt, und wenn also das *iudicium legitimum* von dem aebutischen Gesetz den Namen führte, so käme derselbe auch solchen Prozessen zu, die Gaius ausdrücklich ausschliesst. Ueberhaupt aber hat weder dieser noch irgend ein anderer Volksschluss in der Weise ausgezeichnet werden können, dass nur die ihm conformen Gerichte *iudicia legitima* genannt worden wären. Es ist dabei das Verhältniss des *lege agere* und des *legitimum iudicium* verkannt. Beide gehören ursprünglich zusammen; die Zusammenstellung des *agere lege* und des *agere legitimo iudicio* bei Ulpian 11, 24. 27 und Gaius 1, 184 fordert dies unbedingt und schon darum darf, da die *lex* der ersteren Formel sicher nicht die aebutische ist, auch bei der zweiten an diese nicht gedacht werden — ein Schlüssel, der nur eines dieser Schlösser schliesst, ist sicher auch für das andere nicht der richtige. Aber wenn es eine Epoche gegeben hat, wo jeder römische Prozess durch *legis actio* eröffnet und im *legitimum iudicium* entschieden ward, so scheiden in der späteren Rechtserweiterung sich die Kreise sachlich und terminologisch. Die *legis actio* wird auch dem Peregrinen gestattet[1])

---

beide Ausdrucksweisen angewendet werden: der mit africanischer Waare handelnde Kaufmann ist ein *negotiator Africanus;* der in Africa domicilirte Kaufmann kann ebensogut *negotiator Africanus* genannt werden wie *negotiator ex Africa.* Rein sprachlich könnte auf die Klage wegen *damnum iniuria* die Bezeichnung *legitima* angewendet werden so gut wie *ex lege.*

[1]) Schon zu dem Stadtrecht von Salpensa und Malaca habe ich darauf hingewiesen, dass der doch immer hauptsächlich für Peregrine bestimmte Repetundenprozess nach dem Repetundengesetz Z. 25 im Anfang des 7. Jahrh. d. St. durch *sacramentum* eingeleitet ward, wo-



und sowohl im Recuperatorenprozess[1]) wie im ausserstädtischen[2]) angewandt. Wie das im einzelnen geschehen ist, können wir nicht nachweisen; die uns vorliegende Darstellung dieses Verfahrens legt natürlich den ältesten ordentlichen Prozess zu Grunde und gewiss ist auf die jüngeren modificirten Prozessformen die *legis actio* unter mancherlei Modificationen und Restrictionen zur Anwendung gekommen[3]). Aber *sacramenti actio generalis est* und sicher hat es keine allgemeine dem *iudicium quod imperio continetur* correlate Prozesseinleitungsform gegeben. Das *iudicium legitimum* dagegen hat seinen alten engen Kreis behauptet, indem ihm die auf Magistratsbefehl beruhende Prozessform zur Seite trat. Wer diese verschiedene Gestaltung der Klageerhebung und der Prozessregulirung erwägt, wird darüber nicht im Zweifel sein, dass die Umgestaltung der ersteren mit der Behandlung der zweiten in gar keinem ursächlichen Zusammenhang steht.

Dass die oben für die gleichartigen technischen Ausdrücke vorgetragene Erklärung auf das *iudicium legitimum* vollständig anwendbar ist, leuchtet ein. Die von Gaius aufgeführten Merkmale sind eben diejenigen des ältesten römischen Rechtsstreites und wenn unter der *lex* die ursprüngliche selbst den Zwölftafeln voraufgehende Rechtsordnung verstanden wird, so kann diese allerdings als die *lex per eminentiam,* wie Ulpian sagt, gefasst und allen späteren Vorschriften gegenübergestellt werden. Auf Gesetzen ruht auch der Rechtsverkehr zwischen Bürgern und Nichtbürgern und die Gerichtsstätten in Italien und in den Provinzen sind durch Volksschluss angeordnet worden; aber den Grundgedanken haben die Römer nie vergessen und nie verleugnet, dass ursprünglich der Rechtsbegriff nur innerhalb der Bürgerschaft und innerhalb der Stadtmauern waltet und allen davon sich entfernen-

---

bei eine ähnliche Fiction zur Anwendung gekommen sein mag wie bei der Uebertragung der ganz ähnlichen *actio furti* auf den Peregrinen (Gai. 4, 37). Das ist unter Anderen auch von Keller (Prozess[6] S. 54) anerkannt worden.

[1]) Dies war die ältere Form des Repetundenprozesses. — [2]) *In iure cessio* in der Provinz: Gaius 2, 24. 32. — [3]) Dahin gehört, dass dem Peregrinen die *in iure cessio* nicht gewährt wird (Gaius 2, 65). Die Unfähigkeit desselben zur *legis actio* überhaupt folgert daraus Wach (zu Keller a. a. O.) ohne genügenden Grund.

den Erweiterungen der Charakter der Ausnahme ebenso aufgeprägt ist und bleibt, wie jenem Verfahren der der Regel. Es scheint mir darum auch nicht zweifelhaft, dass nicht bloss die Begriffe, sondern auch die terminologische Ausprägung derselben sehr alt sind, *iudicium legitimum* zugleich aufgekommen ist mit *lege agere* und *heres* und *tutor legitimus* und vielleicht so alt ist, wie die älteste Spaltung des Prozesses durch Einführung der Recuperation. Sehr wohl kann jene Bezeichnung schon zur Zeit des Legisactionenverfahrens gangbar gewesen sein.

Es bleiben noch einige Corollarien zu erörtern. Wie erklärt es sich, dass eine nicht civilrechtlich begründete Klage, wenn sie jenen prozessualischen Normen genügt, zu den *iudicia legitima* gezählt werden kann, wie Gaius (4, 109) dies thut? und wie kann zu dem *iudicium legitimum,* wenn es in diesem Sinn gefasst wird, das *iudicium quod imperio continetur* den Gegensatz machen?

Auf die erstere Frage liegt die Antwort nicht fern. Unter dem Klagrecht kann ein doppeltes verstanden werden: entweder das Recht des Bürgers dem Magistrat gegenüber zur Rechtsverfolgung zugelassen zu werden, oder das Recht des Klägers dem Beklagten gegenüber gemäss der von dem Magistrat getroffenen Anordnung sein Recht zu verfolgen. Nach der ganzen Anlage des römischen Gemeinwesens kann hier, wo es sich um das *iudicium* handelt, nur die zweite Begriffsbestimmung zur Anwendung kommen. Wenn der Prätor ein civilrechtlich begründetes Klagrecht nicht gelten lässt oder ein civilrechtlich nicht begründetes zulässt, so liegt darin entweder eine berechtigte Anwendung der discretionären Gewalt oder eine Amtsüberschreitung; aber wie der also verweigerte Prozess rechtlich nicht besteht, so hat umgekehrt der also gestattete gleiche Berechtigung wie der civilrechtlich zulässige, da der Prozess zunächst allgemein auf der Zulassung zur Klage durch den Prätor beruht. — Dieser theoretischen Erwägung zur Seite steht die praktische Nothwendigkeit. Der Begriff des *iudicium legitimum* ist keineswegs eine theoretische Abstraction, sondern es sind wichtige Rechtsverschiedenheiten an denselben geknüpft. Wohin wäre man gekommen, wenn zum Beispiel die Maximaldauer des Prozesses rechtlich davon abgehangen hätte,

ob die Klage aus dem aquilischen Gesetz in diesem selbst begründet war oder in seinen prätorischen Erweiterungen? Unmöglich konnte die rein theoretische und oft kaum mit Sicherheit zu entscheidende Frage, ob die verhandelte Klage civilrechtlich zulässig sei oder auf Analogie oder Willkür beruhe, auf diese Weise zum Austrag gebracht werden. Man konnte gar nicht anders als sich auf jene äusserlich leicht zu constatirenden Merkmale beschränken und für das *iudicium legitimum* nicht ein civilrechtlich begründetes Klagrecht, sondern einen civilrechtlich instruirten Prozess fordern.

Schwieriger ist es auf die Frage zu antworten, wie als Gegensatz zu dem *iudicium legitimum* das *iudicium quod imperio continetur* oder wie es mit seltsam gräcisirendem Ausdrucke auch benannt wird, das *iudicium imperio continens* hingestellt werden kann. Dass in gewissem Sinn jeder Prozess auf Amtsgewalt ruht, kommt bei der Gegensätzlichkeit des Ausdrucks nicht in Betracht; augenscheinlich wird hier ausgesprochen, dass derjenige Prozess, welcher von dem ältesten Rechtsverfahren sich in diesem oder jenem Punkt entfernt, betrachtet wird als beruhend lediglich auf der Amtsgewalt, und zwar auch dann, wenn der Magistrat dazu durch Volksschluss angewiesen ist. Denn dass das Recuperatorenverfahren sowohl wie die Einrichtung der ausserstädtischen Gerichtshöfe durchgängig durch Volksgesetze geordnet worden sind, zu denen die Bundesverträge ja auch gehören, ist schon hervorgehoben worden. Die schwächere Kraft aber dieses secundären Verfahrens wird nicht bloss durch jenen Gegensatz und jene Definition bezeugt, sondern auch dadurch gefordert, dass das *iudicium quod imperio continetur* durch den Rücktritt des instruirenden Magistrats zusammenfällt[1]), wogegen dieser Rücktritt auf das *iudicium legitimum* keinen Einfluss hat. Auch die weiteren Gegensätze, dass allein

[1]) Diese Besonderheit des *iudicium legitimum* liegt sicher auch zu Grunde bei Cicero pro Flacco 21, 50. Der Prozess wird zwischen einem peregrinischen Kläger und einem römischen Beklagten in Rom vor einem Einzelrichter geführt; als der Kläger die Sache verloren giebt, *ab eo iudice abiit et, quod iudicium lege non erat, causam totam reliquit.* Das ist das *litem mori pati* der Digesten (42, 8, 3, 1); bei dem *iudicium legitimum* hätte damals, vor der Prozessverjährung des julischen Gesetzes, der Beklagte Freisprechung herbeiführen müssen; um zu erklären

im *iudicium legitimum* die Litiscontestation novirende Kraft hat; dass allein in einem solchen Theilungsprozess ein Niessbrauch vollgültig angeordnet werden kann. (Vat. fr. 47a); dass ein Prozess dieser Art auf den Adoptanten des Klägers nicht übergeht, sondern durch die Adoption hinfällig wird (Gai. 3, 83); dass in demselben die Frau nicht anders klagen kann als mit Zustimmung des Vormunds (Gai. 1, 184. 4, 80. Ulp. 11, 27), zeugen sämmlich dafür, dass das *iudicium legitimum* allein als rechtes Gericht galt und jeder Prozess, welcher dies nicht war, mochte er auch durch Gesetz angeordnet sein, dennoch nicht als vollgültig betrachtet wurde.

In der That ist die Zurückführung des secundären Prozessverfahrens auf das freie Schalten der Magistratur für die Anfänge desselben wohl begreiflich. Zweien Bürgern, die den Geschworenen begehrten, durfte der Prätor denselben nicht verweigern. Bei der gleichen Forderung des Peregrinen hatte er sicher freie Hand, wo kein Vertrag bestand und auch wo dies der Fall war, mochte dieser den Rechtsgang mehr gestatten als befehlen[1]). Bei den Klagen des durch Diebstahl oder sonstige Unrechtfertigkeit geschädigten Ausländers, von denen dieses Verfahren doch ausgegangen sein wird, liegt die freiere Bewegung des Magistrats in der Natur der Verhältnisse. Auch die Anfänge des Recuperatorenprozesses stehen offenbar mit dem Peregrinenverkehr in Verbindung, obwohl wir sie zu wenig kennen, um daraus Schlüsse zu ziehen. Dass der Magistrat die Instruction des Prozesses in Italien und den Provinzen ablehnen und den Kläger nach Rom verweisen durfte, gilt noch für die spätere Epoche. Gewiss können in dem entwickelten Recht die Prozesse *quae imperio continentur* nicht mehr als für den Magistrat bloss facultativ angesehen werden; aber der Grundgedanke, dass sie auf dessen freiem Ermessen beruhen, kann die praktische Anwendung dieses Ermessens füglich überdauert haben.

---

dass es zu dieser nicht kam, hebt der Advocat hervor, dass der Prozess *imperio* instruirt war und daher durch blosse Verschleppung von Seiten des Klägers sein Ende fand.

[1]) Bei dem Latiner ist dies allerdings bedenklich; aber es ist keineswegs gewiss, dass der Prozess zwischen dem römischen Bürger und dem Latiner älteren Rechts nicht zu den *iudicia legitima* zählte.

Alle bisher erörterten Begriffe, der *heres* und der *tutor legitimus*, das *agere lege*, das *iudicium legitimum*, die *actus legitimi* führen zurück auf eine *lex*, die etwas anderes und mehr ist, als der einzelne Volksschluss: es ist die ursprüngliche rechtliche Norm der römischen Gemeinde, welcher jeder davon abweichende Act gegenübersteht, entweder als exceptionell, wie die Testamentserbfolge gegenüber der gesetzlichen, oder als unvollkommen wirksam und wesentlich durch magistratische Machtvollkommenheit geschützt und im strengen Sinn als nicht gesetzlich. Rechtliche Ausnahmen von dieser Ordnung und praktische Abweichungen von derselben begegnen überall und machen die neueren Institutionen recht eigentlich aus; aber sie selbst steht vor und über der rechtbildenden Gewalt der Gemeinde, ein unverrückbares Urrecht, und ihre praktischen Consequenzen haben theilweise, zum Beispiel in Betreff der Prozessverjährung, sich bis in die Kaiserzeit hinein behauptet. Diese Auffassung mag dem vom Civilrecht ausgehenden Forscher befremdlich und mystisch erscheinen; wer der Entwickelung des römischen Staates nachgeht, wird ebenfalls geführt auf denselben Gegensatz, auf ein Urrecht, welches durch die verfassungsmässige Gesetzgebung nicht abgeändert werden kann. Die ursprüngliche Staatsordnung ist in ihren Fundamenten ebenso unwandelbar wie jene jenseits der Zwölftafeln liegenden privatrechtlichen Ordnungen. Das Königthum ist ewig; es konnte umgenannt, verdoppelt, verkürzt, beschränkt, aber nicht aufgehoben werden. Von dem patricischen Senat gilt das Gleiche. Die Comitien sind im Lauf der Zeit so modificirt worden, dass die ursprüngliche Institution formell wie sachlich kaum noch erkennbar ist; aber die Rechtsanschauung hält die Continuität fest und unterscheidet nicht zwischen den Centurienbeschlüssen der Königszeit und den unter Augustus gefassten; das *iure rogare*, die *comitia iusta* (Staatsrecht, 3, 363) stehen theoretisch wie praktisch über dem Beschlussrecht der souveränen Bürgerschaft. An den Grundlagen des römischen *ius publicum*, dem Zusammenwirken des Götter- und des Bürgerwillens, dem Ausdruck des letzteren durch die drei berechtigten Factoren, dem Gegensatz von *magistratus* und *civis* ist es gar nicht möglich in formeller Weise zu rütteln. Diese Institutionen können mit

dem Volke absterben, nicht aber durch die spätere Gesetzgebung, deren Voraussetzung sie sind, annullirt werden; wenigstens sind, so viel wir erkennen können, entgegenstehende Theorien nie in Rom in Geltung gewesen und ist auch nie ein derartiger Versuch praktisch gemacht worden. Die gegensätzliche Vereinigung des Ewigen und des Wandelbaren in der Staatsordnung haben die Römer schärfer empfunden und formeller ausgeprägt, als irgend eine andere Nation. Zu einer genügenden Terminologie dafür haben sie es allerdings auch im Privatrecht nicht gebracht und sind über den doppelten Begriff der *lex* nicht hinausgekommen; aber auch dieser ist fähig jenem tiefen Gegensatz formalen Ausdruck zu geben.

XII.

Aegyptischer Erbschaftsprozess aus dem J. 124 v. Chr.

Von

Theodor Mommsen.

Die von den ägyptischen Papyrusblättern bisher vorliegende Kunde ist leider verschwindend gering gegenüber den in die europäischen Museen gelangten Massen, und vielleicht sind die deutschen, die Königliche Sammlung in Berlin und die des Erzherzogs Rainer in Wien in dieser Hinsicht am weitesten zurück. Insbesondere was die letztere anlangt, haben die darüber öffentlich gegebenen Mittheilungen sich überwiegend auf kurze Inhaltsangaben beschränkt, von denen wissenschaftlich nur geringer Gebrauch gemacht werden kann und die man entgegennimmt mit der nicht ganz von Bitterkeit freien Empfindung, dass alle diese Stücke vorhanden sind zunächst damit wir sie entbehren.

Wegen eines dieser Blätter (Nr. 1492 der Sammlung), dessen der verdiente Wiener Papyrusforscher Herr Wessely in den 'Mittheilungen aus der Sammlung der Papyrus Erzherzog Rainer' Bd. 4 (1888) S. 60 Erwähnung gethan hat[1]), wandte ich mich mit der Bitte um Mittheilung an den eben genannten Gelehrten. Es ist, so viel bis jetzt bekannt, wohl das einzige Stück, welches ausdrücklich von der 'ägyptischen Rechtssatzung' spricht, und das durch Mitteis vortreffliches Werk 'Volksrecht und Reichsrecht' angeregte Interesse für die unter römischer Herrschaft fortbestehenden älteren örtlichen Satzungen gaben dazu die nächste Veranlassung. Die zuvorkommende Gewährung meiner Bitte durch Herrn Karabaczek soll nicht mir allein Belehrung gewähren; ich bringe nach erhaltener Zustimmung der Betheiligten dieses Actenstück in die Oeffentlichkeit. Möchte diese Publication in Verbindung mit den schönen Proben, welche Mitteis aus noch nicht veröffentlichten grösseren Arbeiten Wesselys gegeben hat, endlich bewirken, dass die Mittheilung der Texte aus der Erzherzog Rainer Sammlung in rascheren Fluss komme und dass auch in unserer eigenen Sammlung das Haben zum Geben werde.

Ich gebe den Text nach Wesselys Lesung und Ergänzung, mit Ausnahme der nur dem Sinne nach von mir vorgeschlagenen von Z. 26. 27.

1 *Ἐκ τόμου [ὑπο]μνηματισμῶν [Β]λαισίου Μα[ρ]ιανοῦ ἐπάρχου σπείρης*
2 *[π]ρώ[τ]ης Φλαουίας Κιλί[κ]ων [ἱ]ππικῆς.*
Ἐξ ἀναπομπῆς Ἀτερίου
3 *[Νέπ]ω[τ]ος τοῦ κρατίστο[υ ἡγ]ε[μ]όνος ἔτους [ὀ]γδόου αὐτοκράτορος*
4 *[Καίσαρο]ς [Τ]ραιανοῦ Ἀδρια[νο]ῦ Σεβ[α]στοῦ Φαρμουθὶ ὀκτωκαιδεκάτῃ*

Der Text ist mit Russdinte geschrieben, Unterschrift (Z. 41 z. E. bis 44) und Ueberschrift (S. 288) mit rother Dinte, womit auch der Text corrigirt ist. — 1 *επαρχου* über der Zeile roth.

[1]) Weitere Mittheilungen aus diesem Papyrus und diesen selbst in deutscher Uebersetzung giebt er in den kürzlich erschienenen Studien über das Verhältniss des griechischen zum ägyptischen Recht (Bd. 124 der Wiener Sitz.-Ber.) besonders S. 22 fg.

5 π[αρ]ό[ν]τος Κλαυδίου Ἀ[ρτεμ]ιδώρου νομι[κ]οῦ Ἀφρο-
δείσιος Ἀπολλω-
6 ν[ίο]υ πρὸς Ἀμμώνιον Ἀ[π]ίωνος.
Τοῦ Ἀ[φ]ροδεισίου διὰ Σωτηρί-
7 χου ῥήτορος εἰπόντος [σ]υνελθόντα ἑαυτὸν ἀγράφως Σαρα-
ποῦτι
8 τι[ν]ι ἐσχηκέναι ἐξ α[ὐτ]ῆς Ὠριγένην, ὃς ἐτελεύτησεν, καὶ
9 ἄλλους· τοῦ νόμου καλ[ο]ῦντος τοὺς πατέρας ἐπ[ὶ] τὰ[ς]
κληρονομίας
10 τῶν ἐξ ἀγράφων παίδων τὸν ἀντίδικον θέλειν κατὰ δια-
11 θή[κ]ην κληρονόμον ε[ἶ]ναι τοῦ Ὠριγένους· οὐκ ἔχοντος
ἐκεί-
12 νου ἀπὸ τῶν νόμων ἐξουσίαν περιόντος πατρὸς εἰς ἄλλον
τινὰ
13 γράφειν [δια]θήκην παραξίου [πα]ρ[α]νόμο[υ] οὔσης [τ]ῆς
εἰς τὸν ἀντί-
14 δι[κ]ον δι[α]θήκης ἀντιποιεῖσθ[α]ι τῶν ὑπὸ τοῦ υἱοῦ κα-
ταλειφθέν-
15 [των
κ]αὶ τοῦ Ἀμμωνί[ου διὰ] Μαρκιανοῦ ῥήτορος ἀπο-
κριναμέ-
16 [ν]ου [τ]ὸ[ν] τῶν Αἰγυπτί[ω]ν νόμον διδόναι ἐξουσίαν
πᾶσι τοῖς διατι-
17 θεμένοις καταλείπειν [ο]ἷς βούλο[ντ]αι τὰ ἴδια· ἑαυτὸν
μέντοι ἀνε-
18 ψιὸν ὄντα τοῦ τετε[λε]υτηκότ[ο]ς καταλ[ε]λεῖφθαι σὺν
ἑτέρῳ
19 υἱῷ τοῦ ἀντιδίκου κλη[ρ]ονόμον [κ]αὶ τὴν δι[α]θήκην
πλήρη ἔχειν
20 τὸν τῶν μαρ[τύ]ρων ἀρι[θμό]ν.
Βλαίσιος Μαριανός· ἀναγνωσθή-
21 τω ἡ τοῦ Ὠ[ριγέ]νους δ[ιαθ]ήκη.
Ἀναγνωσθείσης ἐπὶ τοῦ ὀγδό-
22 ου ἔτους Ἀ[δρια]νοῦ [τ]οῦ κ[υ]ρίου Χοι[ὰκ] τριακάδος·
Βλαίσιος Μαριανὸς

10 nach ἀγράφων ist wohl γάμων ausgefallen. — 11 κληρονομειν schwarz verbessert in κληρονομον. — 13 ʽπαράξιος, sonst nicht vorkommend, ist richtig (durch Hypostase aus παρ' ἀξίαν wider Gebühr) gebildet; ist es richtig, so fehlt danach καὶ' Diels. — 22 vor Βλαίσιος Raum.

23 *ἔπαρχος σπ[είρης π]ρώτης Φλα[υ]ία[ς Κι]λίκων ἱππικῆς*
συλλαλήσας

24 *Ἀρτε[μι]δ[ώρῳ τ]ῷ νομ[ι]κῷ [π]ε[ρὶ το]ῦ πράγματος ὑ[πη]-*
γόρευσεν ἀπὸ

25 *[ν]όμω[ν δι]ε[γ]νῶσθα[ι] κατὰ λέξ[ιν ο]ὕτως· ὁ τελευτήσας*
Ὡρι-

26 *[γένης ὢν ἐξ ἀγρά]φ[ω]ν [γάμων] κ[ατὰ] νόμ[ω]ν [γράψαι]*
φα[ίνετ]α[ι]

27 *[κληρονόμον] διαθήκη[ς] ἐξουσία[ν] μὴ ἐσ[χη]κὼς τ[οῦ]*
πατρ[ὸς αὐ]τοῦ

28 *[ζ]ῶν[τ]ος*
[καὶ] [τοῦ] μὲν Ἀμμωνί[ο]υ εἰπόντος ἐξ ἐν-
[γ]ράφων γά-

29 *μων γεγο[νέ]ναι τὸν Ὡ[ρι]γένην*
τοῦ δὲ Ἀφροδεισίου δια-
βεβαιω-

30 *σαμένου ἐξ [ἀ]γράφων αὐτὸν γάμων γεγεννῆσθαι*
Βλαίσιος

31 *Μαριανὸς [ἔπ]αρ[χο]ς σπείρης πρώ[της] Φλανίας Κιλίκων*
ἱππικῆς·

32 *αὐτ[ὸ] τοῦ[το ὁ Ἀ]φροδείσιος ἀποδείξει ἐν ἡμέραι[ς] ἑξή-*
κοντα.

33 *[Τ]οῦ Ἀφροδεισ[ίο]υ ἀξιώσαντος ἐ[ν] το[σο]ύτωι ἐπ'*
ἀν[α]γρ[αφ]ῆς γενέσθ[α]ι

34 *τὰ ὑπὸ τοῦ αὐ[τ]οῦ ἀπολειφ[θ]έντα*
Βλαίσιος Μαριανός· ἐνέ-

35 *τειλα Εἰ[σι]δώρῳ ἡγεμονικῷ ὑπηρέ[τ]ῃ ποιή[σ]ασθαι αὐτὴν*

36 *τὴν ἀνα[γρ]αφ[ὴ]ν καὶ ἀναδοῦν[αι] ἀντίγραφα τοῖς ἐμφερο-*

37 *μένοις, τῆς κλειδὸς τῆς οἰκίας μενούσης παρὰ τῷ Ἀμμωνίῳ*

38 *[ἐνεσ]φραγ[ι]σμέν[η]ς*
καὶ μετ' ὀλίγον τοῦ Ἰσιδώρου ἀπαγ-
γείλαν-

39 *[τος γε]γονέναι [τ]ὸ κελευσθὲν Βλαίσ[ι]ος Μαριανὸς· ἐκέλευ-*

40 *[σα τήνδε τ]ὴν προ[φ]ορὰν ὑπομνηματισθῆναι.*
Κλαύδιος

23 *συλλαλησας* roth gebessert aus *συνλαλησας*. — 33 *τοσουτωι* mit Iota adscr., das sonst stets fehlt. — 36 *αντιγραφον* roth verbessert in *αντιγραφα*. — 38 *[ἐνεσ]φραγ[ι]σμέν[η]ς* Diels. — 39 *λ* in *βλαισιος* schwarz corrigirt aus *α*.

.... ν βυβλιοφύλαξ ὑπάρχει ἔτους ὀγδόου
[αὐτοκρά]τορος Καίσαρος Τραιανοῦ Ἀδριανοῦ
[Σεβαστο]ῦ Ἐπεὶφ μιᾷ καὶ εἰκάδι

am Rand oben:

Σ / / / υτ^ρ στρα[τ]η^γ Ἀρσι—

Der Rechtshandel, dem dieses Actenstück angehört, betrifft die Giltigkeit des von Origenes am 30. Choiak des 8. Jahres Hadrians = 26. Dec. 123 errichteten Testaments[1]). Der Stammbaum des Testators scheint in folgender Weise aufgestellt werden zu können:

Apollonios

Sarapus[2]) — Aphrodisios, Kläger — Apion

Origenes — Sohn — Ammonios, Beklagter.

Allem Anschein nach hat Origenes in Arsinoe gelebt und ist hier sowohl das Testament errichtet wie auch der Prozess geführt worden; in dem Protokoll selbst zwar wird der Ort nicht bezeichnet, aber die Vormerkung nennt den Strategen von Arsinoe und aus dem Verlauf der Verhandlung erhellt, dass das dem Testator gehörige Haus am Gerichtsort selber lag. — Origenes setzte in dem formell fehlerfreien Testament seinen Bruder, der nicht genannt wird, und seinen Vetter Ammonios zu Erben ein unter Uebergehung seines noch lebenden Vaters Aphrodisios. Dieser Uebergehung wegen focht letzterer das Testament an und erhob Klage bei dem damaligen Präfecten von Aegypten Haterius Nepos[3]). Dieser übertrug die Entscheidung dem Blaesius Marianus[4]), Präfecten der *cohors I Flavia Cilicum equitata*[5]); vor ihm ist, wahr-

[1]) Das Datum Z. 22 kann nur auf die Errichtung, nicht auf die Verlesung des Testaments bezogen werden. — [2]) Ein *υἱὸς μῆ Σαραπoῦτος* in den arsinoischen Steuerprofessionen 4, 11 (Wilcken Berl. Sitz.-Ber. 1883 S. 909). Andere Aegypterinnen des Namens bei Pape. — [3]) T. Haterius Nepos ist auch sonst als solcher bekannt durch die Memnoninschrift vom 18. Febr. 121 (C. I. L. III, 38) und Inschriften von Foligno Orelli-Henzen 6947. — [4]) Sonst nicht bekannt. — [5]) Ein Tribun dieser Cohorte führt im J. 118 das Commando in den Gruben des mons

scheinlich, wie gesagt, in Arsinoe, der Prozess am 18. Pharmuthi des 8. Jahres Hadrians = 13. April 124 verhandelt worden. Dem Offizier assistirte dabei der Rechtsgelehrte (*νομικός*) Claudius Artemidorus (Z. 5), den er vor Abgabe der Entscheidung wegen derselben befragt (Z. 23). Die Parteien sind persönlich anwesend, verhandeln aber eine jede durch ihren Advocaten (*ῥήτωρ*): für den Kläger redet Soterichos (Z. 6), für den Beklagten Marcianus (Z. 15).

Ueber die Rechtsfrage wird nicht eigentlich gestritten. Die Behauptung des Klägers, dass das aus ungeschriebener Ehe entsprossene Kind 'den Gesetzen nach' (*ἀπὸ τῶν νόμων*) bei Lebzeiten des Vaters einen anderen Erben nicht im Testament einsetzen könne, wird von dem Beklagten, neben den offenbar nicht zum Ziel treffenden Erörterungen über sein Verwandtschaftsverhältniss zu dem Testator und über die formale Fehlerlosigkeit des Testaments, nur beantwortet mit der allgemeinen Bemerkung, dass das ägyptische Recht jedermann volle Testirfreiheit gewähre. Diese hatte der Kläger im Uebrigen nicht geleugnet, sondern nur deren Erstreckung auf die nicht in Schriftehe erzeugten Kinder bei Lebzeiten ihres Vaters bemängelt, worauf der Beklagte sich nicht weiter einlässt, offenbar weil er darauf nichts zu erwidern hatte. So fasst die Sache auch der Richter und dessen juristischer Beistand; nach Verlesung des Testaments wird der Spruch zu Gunsten des Klägers gefällt und zu Protokoll dictirt. Dabei beruhigt sich hinsichtlich der Rechtsfrage auch der Beklagte[1]), erhebt aber den thatsächlichen Einwand, dass die fragliche Ehe vielmehr eine Schriftehe gewesen sei. Hinsichtlich dieser Frage legt nun der Richter dem Kläger den Beweis auf, dass er seine Ehe ohne Schrift abgeschlossen habe und setzt ihm dafür eine zweimonatliche Frist.

Claudianus (C. I. Gr. 4713 f); im J. 140 hatte dieselbe ihr Standlager bei Syene (C. I. L. III, 6025); erwähnt wird sie auch, jedoch ohne nähere Angabe des Standortes, in dem kürzlich von mir herausgegebenen militärischen Papyrus vom J. 156 (Eph. epigr. 7, 456). Die Cohorte hat ihr späteres Standquartier wohl erst im J. 130 erhalten, wo Hadrian bei seiner Anwesenheit in Aegypten nachweislich Truppendislocationen vornahm, und vorher weiter nördlich gelegen.

[1]) Die Appellation an den Präfecten von Aegypten stand ihm frei.

Der weiteren Forderung des Klägers, dass über den Nachlass ein Inventar aufgenommen werden möge, entspricht der Richter, indem er den Officialen (ὑπηρέτης) des Statthalters Isidoros anweist ein solches aufzustellen und den Parteien (τοῖς ἐμφερομένοις, d. h. den oben genannten Personen) Abschriften auszuhändigen, während der Schlüssel versiegelt bei dem — offenbar im Besitz befindlichen — Beklagten verbleibt. Dies wird bald darauf gemeldet als geschehen.

Die Verhandlung schliesst damit, dass der Richter befiehlt sie zu protokolliren.

Abschrift aus dem Protokollband (ἐκ τόμου ὑπομνηματισμῶν) des genannten Cohortenpräfecten wird dann von dem βυβλιοφύλαξ Claudius ... n unter dem 21. Epiph des 8. Jahres Hadrians = 15. Juli 124 ertheilt. Es kann dies der *actarius* der Cohorte sein, der mehrfach auf Inschriften genannt wird [1]; da indess βυβλιοφύλακες in den ägyptischen Nomen vorkommen [2], so ist wohl eher ein arsinoitischer Archivar gemeint, wobei dann angenommen werden muss, dass der betreffende Richter die von ihm aufgenommenen Protokolle bei der Verwaltung des Nomos niederzulegen hatte. Dieser Archivar hat den Text sorgfältig bis in Kleinigkeiten hinein durchcorrigirt, zum Beispiel ausser eigentlichen Schreibfehlern Z. 24 συνλαλησας in συλλαλησας verbessert, ja die Formen der Buchstaben verändert, dem σ eine seitliche Ausschweifung gegeben und das kleine ο vergrössert, ausserdem die Unterschrift hinzugefügt so wie die Adresse an den Strategen von Arsinoe, der diese Abschrift eingefordert zu haben scheint. Das seltsame ὑπάρχει in der Unterschrift ist wohl von dem vorhergehenden Nominativ zu trennen und irgendwie formelhaft, etwa zu fassen als 'Original im Archiv vorhanden'.

Kaum eine unter den mir bekannten ägyptischen Urkunden gewährt ein gleich lebendiges Bild der dort unter den Kaisern bestehenden Ordnungen.

Dass die alexandrinischen Behörden die Civiljurisdiction

---

[1]) Den *actarius* einer Auxiliarcohorte nennt die Inschrift C. VII, 458, den einer Ala eine andere C. III, 3392. Auch der *exactus* ist wohl nicht verschieden. Cauer eph. ep. 4, 429 fg. — [2]) Wilcken *obs. ad historiam Aegypti* p. 30. Das Wort findet sich auch in dem kleinen Berliner Papyrusfragment (Parthey mem. dell'Inst. 2 p. 448): ... ησεων βιβλιοφύλαξιν ...



für ganz Aegypten ausübten, bestätigt sich hier wiederum. Wenn nach Strabon der *iuridicus* von Alexandrien *πολλῶν κρίσεων κύριος* ist[1]), so wird in diesem zwischen zwei Peregrinen schwebenden Erbschaftsstreit der Präfect selbst angerufen. Ob daraus auf die Competenztheilung zwischen diesen Oberbeamten ein Schluss gezogen werden darf, steht dahin[2]). Das Verfahren ist rein magistratisch. Der eigentlich römische Prozess hat allerdings auf Peregrinen nur vermittelst der Fiction der Civität Anwendung finden können[3]) und es ist fraglich, ob diese Fiction anders Anwendung fand, als wenn wenigstens eine der Parteien das Bürgerrecht besass[4]). Die Geschworneninstitution indess greift weiter; sie ist in Sicilien[5])

---

[1]) Strabon 17, 1, 12 p. 727. In einem alexandrinischen Papyrus aus Pius Zeit (angeführt von Wilcken *obs. ad hist. Aeg. p.* 8) finden sich die Worte: *αὐτοὺς ἐπ' Ἀλεξάνδρειαν γενομένους ἐπιδεδωκ(έναι) ἀναφ(όριον) [τῷ δικαι]οδότῃ.* — [2]) Dass der Prozess wegen des Status römischer Bürger vom Statthalter selbst entschieden werden muss (*cod. Iust.* 3, 3, 2), kann für die Competenz der beiden ägyptischen Oberbeamten nicht in Betracht kommen. — [3]) Gaius 4, 37. Diese Fiction erwähnt auch Cicero in den Verrinen l. 2, 12, 31, wo er unter anderen Beispielen widersinniger Klagformeln dem Verres vorrückt *iudicia huiusmodi: qui cives Romani erant, si Siculi essent, tum si eorum legibus dari oporteret; qui Siculi, si cives Romani essent.* Die Ueberlieferung schwankt nur insofern, als (abgesehen von dem in den guten Handschriften überlieferten *dare* statt *dari*) in den Terenzscholien zu Phorm. 2, 1, 36, wo die Stelle übrigens aufs ärgste missverstanden ist, für das zweite *si* fehlerhaft *Siculos* geschrieben ist, was man verkehrter Weise in die Ausgaben aufgenommen hat unter Steigerung des Fehlers durch Aenderung von *tum* in *cum*. Für Juristen bedarf das überlieferte ihnen wohlbekannte (vgl. Gai. 4, 34) *tum si* keiner Rettung. Aber die Stelle ist anderweitig anstössig, sowohl sachlich wie sprachlich. Sachlich kann wohl die unerhörte Fiction der Peregrinität bei einem römischen Bürger als pervers bezeichnet werden, aber nicht in dieser Allgemeinheit die durch Gaius beglaubigte umgekehrte. Sprachlich ist die Ellipse unerträglich; hätte Cicero auch die umgekehrte Fiction tadeln wollen, so musste das zweite Glied lauten: *e contrario, qui Siculi, si cives Romani essent, tum si Romanis legibus dari oporteret.* Ohne Zweifel sind die Worte *qui Siculi si cives Romani essent* interpolirt von einem Späteren, der mit den genannten Fictionen nicht Bescheid wusste und die Stelle in etwas minder gröblicher Weise missverstand als der Verfasser der Terenzscholien. — [4]) Wenigstens legt die Fassung bei Gaius diese Einschränkung nahe. — [5]) Am deutlichsten tritt dies hervor bei Cicero in Verr. l. 2, 13.

wie in Kleinasien[1]) bei den vor die römischen Beamten gebrachten Prozessen in derselben Allgemeingültigkeit zur Anwendung gekommen wie in Rom und die Entscheidung durch den Magistrat allein dort wie hier exceptionell[2]). Aber ob dies auch auf Aegypten Anwendung leidet, ist mindestens zweifelhaft. Auf jeden Fall lehrt unsere Urkunde, dass zu einer Zeit, wo im römischen Civilprozess die alte Ordnung noch wesentlich fortbestand, daselbst die zwischen Peregrinen Recht sprechenden römischen Beamten das rein magistratische Verfahren, nach römischer Terminologie das Verfahren *extra ordinem* zur Anwendung brachten. Indess stand dem Statthalter das Recht zu sich hiebei nach Ermessen der Delegation zu bedienen[3]), und dies ist auch in dem vorliegenden Fall geschehen: diese Delegation ist die *ἀναπομπή*[4]), kraft deren der Cohortenpräfect in der Sache spricht (Z. 2). Wen der competente Magistrat in dieser Weise committiren will, steht natürlich in seinem Belieben; es finden sich dergleichen Delegationen an städtische Beamte[5]);

---

[1]) In einem von dem Statthalter von Asia instruirten Privatprozess zwischen zwei Peregrinern entscheiden Recuperatoren (Cicero pro Flacco 20. 21). — [2]) Cicero Verr. l. 2, 11, 30 (vgl. c. 8, 22. 9, 25. 10, 26 und sonst) unterscheidet die *causae*, die der Statthalter mit seinem Consilium zu entscheiden sich vorbehalten hat, von den dem Geschwornenverfahren unterliegenden. Zu jenen scheinen die Forderungen des erycinischen Tempels gehört zu haben. — [3]) Auf dieses Recht und auf die principielle Verschiedenheit eines solchen *iudex datus a magistratu* von dem Geschwornen habe ich im Staatsrecht 2[3], 984 hingewiesen. — [4]) Die Verweisung eines Prozesses, für den die niedere Behörde nicht competent ist, an die beikommende höhere Instanz wird mit diesem Worte bezeichnet (Lucian *eunuch.* 12; Dio 52, 22. 33); für die Delegation finde ich dasselbe sonst nicht. — [5]) *Cod. Iust.* 7, 64, 4: *Cum magistratus datos iudices et unum ex his pronuntiasse proponas, non videtur appellandi necessitas fuisse, cum sententia iure non teneat.* Paulus Dig. 48, 19, 38, 10: *Iudices pedanei si pecunia corrupti dicantur, plerumque a praeside aut curia summoventur aut in exilium mittuntur aut ad tempus relegantur.* Eine merkwürdige Anwendung davon findet sich in den griechisch-lateinischen Schuldialogen bei Haupt *opusc.* 2, 513: *κριτήριον πρὸς τίνα; πρὸς τὸν ταμίαν; — οὐκ ἐκεῖ. — ἀλλὰ ποῦ; πρὸς τὸν ἀνθύπατον; — οὐδὲ ἐκεῖ. — ἀλλὰ ποῦ; — πρὸς τοὺς ἄρχοντας ἐξ ὑπογραφῆς τοῦ διέποντος τὴν ἐπαρχίαν.* Die Schuldklage (*πρᾶγμα χρημάτων*) gehört also in der Provinz Asia — an diese scheint gedacht — zunächst vor den Quästor oder den Proconsul, kann aber durch Delegation des Statthalters auch vor die städtischen Magistrate kommen.

neu aber ist es, dass in der bessern Kaiserzeit in den Provinzen dazu die dort stehenden commandirenden Offiziere vorzugsweise verwendet wurden. Denn dass der in dieser Sache von dem Cohortenpräfecten gefällte Spruch nicht vereinzelt stand, vielmehr eben diese Delegation eine factisch ständige war, geht deutlich daraus hervor, dass demselben, wie dem Statthalter selbst, ein rechtskundiger Assessor zur Seite steht[1]) und dass für seine Entscheidungen ein Protokollbuch bestand, aus dem Actenauszüge an die Localbehörden verabfolgt wurden. Es ist auch in der Ordnung, dass die praktische Durchführung der römischen Rechtsordnungen in den Provinzen wie durch die Obercommandanten der Statthalterschaften, so weiter durch das ihnen unterstellte Offiziercorps realisirt wurde. In welcher Ausdehnung diese delegirte Rechtsprechung in der vordiocletianischen Epoche zur Anwendung gekommen ist, lehrt die mehrfach wiederholte Bemerkung, dass, wenn ein kaiserliches Rescript dem Statthalter eine prozessualische Anweisung ertheile, dadurch die Delegation nicht ausgeschlossen sei[2]), und weiter, dass Diocletian dieselbe auf den Nothfall einschränkte[3]), was ohne Zweifel zusammenhängt mit der von ihm angeordneten Verkleinerung der Statthalterschaften.

Da das damalige Standquartier der ersten kilikischen Cohorte nicht bekannt ist, muss die Frage unentschieden bleiben, ob der Präfect derselben nur in seinem Hauptquartier Recht gesprochen hat oder ob er, ähnlich wie der Statthalter, im Turnus verschiedene Orte deswegen besuchte. Dass auch ihm ein *iuris peritus* offenbar ständig assistirte, ist schon hervor-

[1]) Josephus *contra Ap.* 2, 18: *οἱ τὰς μεγίστας καὶ κυριωτάτας . . ἀρχὰς διοικοῦντες ὁμολογοῦσι τὴν ἄγνοιαν* (der Gesetze). *Ἐπιστάτας γὰρ παρακαθίστανται τῆς τῶν πραγμάτων οἰκονομίας τοὺς ἐμπειρίαν ἔχειν τῶν νόμων ὑπισχνουμένους.* Vgl. Staatsrecht 2, 245; Mitteis a. a. O. S. 191. — [2]) Dig. 1, 18, 8. 9. — [3]) Diocletian *Cod.* 3, 3, 2: *placet nobis praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos iudices dabant, notionis suae examen adhibere, ita tamen, ut, si vel per occupationes publicas vel propter causarum multitudinem omnia huiusmodi negotia non potuerint cognoscere, iudices* (besser *iudicis*) *dandi habeant potestatem.* Es wird hinzugefügt, dass auf jeden Fall der Prozess wegen des Status wie bisher vom Statthalter selbst entschieden werden musste. Richtig fasst diese Verordnung Pernice Festschrift für Beseler S. 77.

gehoben worden. Auch die Advocatur, die Zuziehung des hier noch, der älteren lateinischen Benennung gemäss [1]), ῥήτωρ genannten Sachwalters, ist offenbar in Arsinoe voll entwickelt gewesen [2]).

Dass das Testament, um welches gestritten wird, griechisch geschrieben war, zeigt die daraus mitgetheilte Datirung und es versteht sich insofern von selbst, als der Testator peregrinischen Rechts war. Bemerkenswerth aber ist es immer, dass die Prozessverhandlungen darüber griechisch geführt werden und das Protokoll ebenfalls griechisch abgefasst ist [3]).

Wenden wir uns von dem Prozess zu den in unserer Urkunde erhaltenen Rechtsbestimmungen, so ersehen wir aus ihr, dass nach damaliger Ordnung für das peregrinische Testament eine bestimmte Zahl von Zeugen gefordert wurde (Z. 19). Dies ist schwerlich auf römische Ordnung zurückzuführen; ob aber die bei anderen ägyptischen Urkunden vorkommenden sechs Zeugen [4]) auch auf das Testament zu beziehen sind, lässt sich nicht entscheiden.

Dass für die Ehe in Aegypten ein Unterschied gemacht wurde zwischen der schriftlich abgeschlossenen und der ohne

---

[1]) Vgl. Tacitus *dial.* 1: *horum temporum diserti causidici et advocati et patroni et quidvis potius quam oratores vocantur.* Auf den lateinischen Inschriften kommen in der That nur die neueren Bezeichnungen vor, *orator* allein in der hellenisirenden von Caesarea in Palästina (Zangemeister Ztschr. des Palästina-Vereins 1890 S. 15): *M. Fl. Agrippam* (wahrscheinlich der Sohn des Geschichtschreibers Josephus) *pontif. II viral. col. T. Fl. Aug. Caesareae oratorem ex dec. dec. pec. publ.,* wo vermuthlich ῥήτορα übersetzt ist. — [2]) Ganz so wie hier spricht Dio in der Schilderung des Convents von Apameia in Phrygien (*or.* 35 Vorl. 2 p. 69 R.) von dem *πλῆθος ἀνθρώπων ἄπειρον δικαζομένων, δικαζόντων, ῥητόρων.* Natürlich sprachen dieselben nicht allein vor Gericht. Nach den arsinoitischen Tempelrechnungen (7, 20) vom J. 215 wird einem ῥήτωρ für die bei dem Empfang des Präfecten von Aegypten gehaltene Rede ein Honorar von 60 Drachmen gezahlt (Wilcken Hermes 20, 469). In den griechischen Inschriften bezeichnet ῥήτωρ durchgängig nicht den Stand des Advocaten, sondern den *dicendi peritus,* wie zum Beispiel eine von Thyateira (C. I. G. 3504) einen Asiarchen feiert *τὸν ῥήτορα καὶ νομικόν,* gleichsam den *magister artium* und *doctor iuris.* Eingehend und einsichtig handelt darüber Mitteis Reichsrecht und Volksrecht S. 189 fg. — [3]) Vgl. die Zusammenstellung über den Gebrauch der griechischen Sprache nach der Verallgemeinerung des römischen Bürgerrechts bei Mitteis Reichsrecht und Volksrecht S. 186. — [4]) Mitteis a. a. O. S. 58.

Schrift eingegangenen, ist auch anderweitig bezeugt und kürzlich von Mitteis[1]) in so eingehender und befriedigender Weise erörtert worden, dass im Wesentlichen es genügt hier darauf zu verweisen. Indess besteht doch zwischen den dort erörterten Zeugnissen und unserem Document insofern ein gewisser Unterschied, als die schriftlose Ehe in diesem keineswegs als nichtig behandelt wird; Origenes ist auch der die Schriftlichkeit der Ehe bestreitenden Partei nicht *ἀπάτωρ*, und nicht um die Vaterschaft des Aphrodisios wird gestritten, sondern darüber, ob die an die Schriftehe geknüpfte besondere Rechtsstellung der Kinder dem Origenes zukommt oder nicht. Dies wird wohl der strengen Rechtsauffassung entsprechen und die Beschränkung der rechtlich gültigen ägyptischen Ehe auf die mit Schrift abgeschlossene nicht aufrecht erhalten werden können. Allerdings ist, wenigstens in früherer Zeit, die Vaterschaft in Aegypten weit ausgedehnt und selbst auf das mit einer unfreien Frau erzeugte Kind erstreckt worden[2]); vielleicht ist also die rechtliche Vaterlosigkeit nur da angenommen worden, wo thatsächlich die Paternität zweifelhaft war, und sind also Concubinat und schriftlose Ehe nach ägyptischem Recht zusammengefallen.

Bei weitem am merkwürdigsten aber ist die Bestimmung über das Testirrecht des Kindes bei Lebzeiten des Vaters. Das römische Civilrecht kennt in dieser Hinsicht keine andere Beschränkung als die daraus resultirende, dass kein Hauskind zu testiren befugt ist; da die väterliche Gewalt nicht anders gelöst werden kann als mit dem Willen des Vaters, ist insoweit indirect das Testirrecht des Sohnes an die Einwilligung des Vaters geknüpft. Wo die väterliche Gewalt nicht oder doch nicht in gleichem Umfang bestand, was ohne Zweifel von Aegypten gilt, musste die Frage aufgeworfen werden, in wie weit das Kind bei Lebzeiten des Vaters zu testiren befugt sei. Wir erfahren hier, dass das ägyptische Gesetz nur dem in Schriftehe erzeugten Kinde das volle Testirrecht gewährte[3]). Es ist auffallend, dass bei mangelhafter Paternität dem Vater

[1]) A. a. O. S. 226 fg. — [2]) Diodor 1, 80: *νόθον οὐδένα τῶν γεννηθέντων νομίζουσιν οὐδ' ἂν ἐξ ἀργυρωνήτου μητρὸς γεννηθῇ· καθόλου γὰρ ὑπειλήφασι τὸν πατέρα μόνον αἴτιον εἶναι τῆς γενέσεως.* — [3]) Dem Wortlaut nach (Z. 12) konnte freilich auch das nicht in Schriftehe erzeugte Kind

weiter gehende Rechte eingeräumt werden als bei vollgültiger. Aber es mögen, besonders mit Rücksicht auf das mütterliche Vermögen, dem in vollgültiger Ehe erzeugten Kind ökonomische Privilegien zugekommen und nur bei ihm vollgültige Beerbung statuirt worden sein, während das im Concubinat erzeugte vielleicht dem Vater gegenüber als gewissermassen unfrei behandelt und bei ihm nur eine dem Peculienrückfall analoge Quasi-Succession zugelassen worden ist. Dass diese Ordnung in die vorrömische Zeit zurückreicht, ist in jeder Weise wahrscheinlich; sie hat dann fortbestanden unter römischer Herrschaft, die ja selbst die Geschwisterehe und ähnliches in Aegypten duldete. Ob dieses ägyptische Localrecht in römischer Zeit irgendwie, etwa durch eine den Provinzialedicten analoge Rechtssatzung, codificirt worden ist, steht dahin; unsere Urkunde fordert weder eine solche noch schliesst sie dieselbe aus.

Auf die ägyptische Ordnung der Intestaterbfolge lässt unsere Urkunde nur insoweit sich ein, dass dem in nicht vollgültiger Ehe erzeugten Erblasser der Vater mit Ausschluss der Geschwister succedirt. Dass auch bei einer in vollgültiger Ehe erzeugten Person dasselbe gilt, der Vater schlechthin einziger Intestaterbe des kinderlos verstorbenen Sohnes ist, kann daraus keineswegs mit Sicherheit gefolgert werden, zumal da das Erbrecht des Vaters auch nur neben den Geschwistern dem griechischen Recht wahrscheinlich fremd war. Die personale Zurücksetzung der ersteren Kategorie ist unbestreitbar und es darf daher aus ihrer Rechtsstellung auf die der vollberechtigten Personen kein Schluss gezogen werden.

---

ein Testament machen, aber nur zu Gunsten des Vaters; indess ist dies wohl bloss ungenaue Ausdrucksweise und nicht mit Gai. 3, 72 zusammenzustellen.

XIII.

Fiducia cum amico und depositum.

Von

Herrn Dr. **Th. Niemeyer,**

Privatdocenten in Halle a/S.

Seit der Auffindung des Veroneser Palimpsestes ist die Meinung aufgekommen, zwischen fiducia cum amico einerseits und depositum andererseits (manchmal wird auch commodatum hinzugezogen) sei eine mehr oder weniger enge Entwickelungsbeziehung vorhanden. Diese Beziehung wird entweder so ausgedrückt „die Function des depositum sei in älterer Zeit durch die fiducia wahrgenommen", „der Zweck des jüngeren Realcontractes früher durch sie erfüllt", „depositum und commodatum seien einstmals in der Form der fiducia abgeschlossen" [1]) oder man behauptet weitergehend [2]), depositum und commodatum seien aus dem contractus fiduciae „ausgeschieden", „an dessen Stelle getreten". Zu besonderer Schärfe ist diese Anschauung entwickelt in der neuesten Monographie über die

[1]) Vgl. z. B. Puchta, Institutionen § 272; C. Sell in seinen Jahrb. Bd. 2 S. 32 ff.; Walter, Rechtsgeschichte § 603; Keller, Ztschr. f. geschichtl. R.-W. Bd. 12 S. 412, Pandekten § 311 Anm. 4; Rein, Privatrecht d. R. S. 246; Voigt, XII Tafeln, Bd. II S. 178; Pernice, Labeo I, S. 433 („fiducia depositi causa contracta") II, S. 194: „Fiduciadepositum'„ Zeitschr. d. Savigny-Stiftung Bd. 9 S. 227: depositum und commodatum „in der Form der f. abgeschlossen"; Scheurl, Inst. § 131; Arnold, Kultur und Recht d. R. S. 212; Kuntze, Kursus § 551; Hölder, Inst. § 72; Sohm, Inst. § 11, § 65; Schulin, Gesch. des röm. R. S. 366, S. 412 „fiducia cum amico depositi causa contracta." — [2]) Vgl. z. B. Ubbelohde, Gesch. der ben. Realcontracte S. 56 ff., S. 63; Rudorff, Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. 11 S. 63—64; Dernburg, Pfandrecht I S. 10; Arnold a. a. O., S. 270; Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz H. 3 S. 63; Sohm, Inst. 3. Aufl. S. 272; Wlassak, z. Gesch. d. negotiorum gestio S. 166 Anm. 20: „dep. u. comm. sind vom Praetor aus d. f. ausgeschieden und als selbständige, formlose Realcontracte anerkannt worden. Dies war die Geburtsstunde der beiden Institute." Vgl. auch Bruckner i. d. krit. V.-J.-Sch. XXXIV S. 63.



fiducia von Oertmann (die fiducia im römischen Privatrecht, Berlin 1890), wo sich die Sätze finden: „Die actiones depositi und commodati sind unzweifelhaft Sprösslinge der actio fiduciae“ (S. 61), „finden in ihr eine gemeinsame Stammmutter“ (S. 137), „sind aus ihr abgeleitet“ (S. 225). Diese Auffassungen sind, wie gesagt, erst seit Kenntniss dessen entstanden, was Gajus (II 60) über die fiducia cum amico contracta sagt, und der Ausdruck f. cum amico spielt dabei unverkennbar eine Rolle. Man fasst diesen Ausdruck als technischen, bildet daraus „Freundes-“ oder „Freundschafts-Fiducia“ und stellt unwillkürlich eine Beziehung her zu den Freundschaftscontracten des späteren Rechtes. Die — angeblichen oder wirklichen — Interpolationen[1]) von depositum commodatumve u. s. w. für fiducia geben der so entstandenen Vorstellung scheinbar eine Stütze.

Es soll die Aufgabe der folgenden Bemerkungen sein, nachzuweisen, dass diese Anschauungen bezüglich des depositum unrichtig sind und dass die actio depositi aus der Deliktsklage der XII Tafeln für den Fall des depositum miserabile hervorgegangen ist.

I.

Die Function des depositum ist niemals durch fiducia wahrgenommen.

a.

Von Heck ist neuerdings (Bd. X dieser Zeitschrift) die Ansicht entwickelt, die fiducia cum amico sei ein Anwendungsfall der Pfandfiducia, ihre Eigenthümlichkeit bestehe nur darin, dass nicht dem Gläubiger, sondern einem Dritten („Pfandhalter“ würden wir sagen) fiduciirt werde. Da im Falle der Richtigkeit dieser Ansicht der negative Nachweis, welchen die Ueberschrift ankündigt, nicht mehr nöthig sein würde, muss ich mich mit der Heck'schen Behauptung auseinandersetzen. Dabei beschränke ich mich auf dasjenige, was durch jene Erwägung unmittelbar geboten ist.

[1]) S. Pernice in dieser Ztschr. Bd. 9 S. 227 Anm. 6, Heck daselbst Bd. 10 S. 121.

Wenn man heute über die Bedeutung der fiducia cum amico streitet, so muss man sich zunächst darüber verständigen, ob man den Sinn feststellen will, welchen Gajus (II 60) mit dem Ausdruck verbindet, oder ob man, unabhängig hiervon, wie es jetzt meist geschieht, in jenem Ausdruck alle Fälle der fiducia zusammenfassen will, welche nicht fiducia cum creditore sind. Stellt man sich auf den ersteren Standpunkt, so ist von vornherein klar, dass eine Reihe von Fällen, die man nach dem letzteren Sprachgebrauch zur fiducia cum amico zu rechnen pflegt, nicht dahin gehören. Es gehört dann sicher nicht dazu die angebliche fiducia zum Zweck der Leihe. Denn es ist klar, dass auf diesen Fall die Gajanische Erklärung nicht passt: „quod tutius nostrae res apud eum essent" (nach Huschke und Studemund: „quo ... sint"). Es gehören dann ferner nicht dazu die — wirklichen oder angeblichen — Fälle der Fiduciirung eines Sklaven zum Zwecke der Manumission, zur Abverdienung, zur Folterung. Kurz, der Gajanische Sinn des Ausdruckes ist zweifellos enger als die Bedeutung, welche der herrschende Sprachgebrauch ihm giebt. Nun ist es ja selbstverständlich von grösstem Interesse, festzustellen, was Gajus unter seiner fiducia cum amico versteht. Aber damit ist eben keineswegs das ganze mögliche Anwendungsgebiet der fiducia ausserhalb des Pfandzweckes erschöpft. Und da es wichtiger ist, zu wissen, welchen Aufgaben die fiducia überhaupt gedient hat, da ferner der Ausdruck fiducia cum amico contracta nur jenes einzige Mal vorkommt und es nicht ausgemacht, vielmehr recht zweifelhaft ist, ob Gajus ihn technisch gebraucht, da endlich der Ausdruck wegen des gekennzeichneten Doppelsinnes nur geeignet ist, Forschung und Verständigung zu erschweren, so thut man besser, ihn bei Seite zu lassen.

Vermeidet man aus diesen Gründen den Ausdruck, so ergeben sich als die Angelpunkte der Untersuchung folgende Fragen:

1) Wurde der Pfandzweck auch durch Fiduciirung an einen Dritten erreicht?

2) Wurde die fiducia auch zu anderen als Pfandzwecken verwendet?

Heck bejaht die erste und verneint die zweite Frage. Ich

glaube, dass die erste zu verneinen und die zweite zu bejahen ist.

Zu 1) ist zu behaupten, dass positive Zeugnisse für die entgegengesetzte Annahme nicht vorhanden sind und dass nach allem, was wir von der Struktur der fiducia wissen, dieselbe ungeeignet war, in der fraglichen Gestalt dem Pfandzwecke im eigentlichen Sinn zu dienen.

Heck stützt sich a) auf Gajus II 60, b) auf l. 34 und 39 D. 13, 7, c) auf die spanische Fiduciartafel. Indessen dienen b) und c) ihm nur adminikulirend. Seine massgebende Stütze ist die Gajusstelle, welche hier nach dem Studemund'schen apographum Platz finden möge:

„Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico quod tutius nostra res apud eum essent: si quidem cum amico contracta sit fiducia sane omni modo conpetit usus receptio si vero cum creditore soluta quidem pecunia omni modo conpetit nondum vero soluta ita demum competit si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit; ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usus capio conpetit".

Huschke und Studemund haben die unzweifelhaft handschriftliche Lesart quod . . . essent verändert in quo . . sint, was ich mit Heck für ungerechtfertigt halte. „Weil die Sache beim Freunde in besserer Sicherheit wäre" oder „in der Voraussicht, dass die Sache wohl beim Freunde in grösserer Sicherheit sein möchte", — dieser Gedanke giebt einen guten Sinn und ist auch ganz gut ausgedrückt durch das quod — essent. Die Umprägung zur reinen Finalform verändert den sachlichen Inhalt nicht wesentlich, giebt ihm nur einen anderen, aber keineswegs einen logischeren Ausdruck. Denn wenn das „tutius esse apud eum" als Motiv für die in der Wirkung ja viel weiter reichende, weil eigenthumsübertragende Mancipation bezeichnet wird, so ist dies mindestens ebenso correct, wie wenn der Theil der Wirkung, derentwegen die Partei sich entschliesst, die ganze Wirkung herbeizuführen, als charakteristischer Geschäftsinhalt angegeben wird. Das erstere liegt in der Form: „quod tutius essent", das letztere in dem „quo tutius sint". Jedenfalls

aber ist kein Grund vorhanden, die handschriftlich überlieferte Fassung zu verwerfen.

Heck meint, dieser Wortlaut vertrage sich nicht mit der herrschenden Meinung, wonach es sich um fiducia zum Zweck des depositum handle, sondern führe auf die von ihm vertretene Auffassung. Auch ich glaube nicht, dass die von Heck verworfene Auffassung der Stelle richtig ist. Aber den von Heck angeführten Grund halte ich nicht für stichhaltig. H. meint, wenn die beiden Arten der fiducia durch ihren Zweck unterschieden seien, so müsse dieses ausschlaggebende Moment in der Darstellung des Gajus hervortreten, und dies sei nicht der Fall. Die Gegenüberstellung creditor — amicus drücke die Zweckverschiedenheit so wenig aus, wie die Antithese pignoris iure — quod tutius essent. Anstatt „pignoris iure" müsse es heissen „pignoris causa", wenn der Zweck bezeichnet werden solle, und anstatt quod essent hätte in diesem Fall mindestens viel näher gelegen quo sint. — Aber die Worte „quod ... essent" weisen in der Form der Motivirung ja thatsächlich auf den Zweck hin, und indem die Worte „pignoris iure" in Gegensatz hierzu gestellt werden, erhalten sie eine Beleuchtung, welche trotz der nicht ganz scharfen Form den entsprechenden Sinn ausser Zweifel stellt. Pignoris iure ist ja in keinem Falle wörtlich zu nehmen. Denn dass auch bei der fiducia cum creditore „ius pignoris" nur vergleichsweise herangezogen werden kann, ist klar. Nicht die juristische Structur kann das tertium comparationis sein, auch nicht etwa der Besitz des Gläubigers, welcher für die fiducia nichts wesentliches war. Es bleibt also schlechterdings nur der Zweck übrig[1]). Uebrigens ist die H.'sche Argumentation e contrario: „weil der Zweck nicht als Unterscheidungsmerkmal genannt ist, so ist anzunehmen, dass der Zweck bei beiden Arten gleich war" in jedem Falle ein Fehlschluss, der auf der petitio principii beruht, dass die Fiduciirung grundsätzlich nur einem Zweck gedient habe, während zu behaupten ist, dass die Vielheit der möglichen Zwecke der Form der fiducia immanent war.

Ein ferneres Argument gegen Heck hat Oertmann (a. a. O.

---

[1]) Vgl. Geib in dieser Zeitschr. Bd. 8 S. 114 ff.



S. 150—51) bereits angedeutet. Es betrifft die von Gajus geschilderte Verschiedenheit der usureceptio bei beiden Arten der fiducia. Heck erklärt dieselbe damit, dass „im Grunde" die Sicherheit nur dem amicus gestellt sei (S. 87) und der Gläubiger nur durch die persönliche Haftung des amicus gesichert sei (S. 86). Nur der Letztere, nicht der Gläubiger könne durch die usureceptio verlieren. Ich bin ganz dieser Meinung, aus später anzuführenden Gründen. Aber diese Meinung führt dazu, das ganze angebliche „Pfandgeschäft mit Salmann" im Heck'schen Sinn als eine Unmöglichkeit zu erkennen. Denn was ist das für eine Pfandsicherheit, die „im Grunde" nur einem Dritten dient, an welcher der Gläubiger „nichts verliert"? Wenn nicht die Sache, sondern der amicus verhaftet d. h. nicht dingliche, sondern persönliche Sicherheit vorhanden ist, so ist der sogenannte Salmann nicht Pfandhalter, sondern Bürge. Hierauf ist unten noch zurückzukommen. Jedoch auch abgesehen von solchen Consequenzen ist die H.'sche Erklärung unzureichend. Denn wenn nicht der Gläubiger durch die „pecuniā nondum solutā" erfolgende usureceptio benachtheiligt wird, so doch der amicus. Der Schuldner lucrirt in dem einen Falle so unberechtigt, wie in dem anderen; und eine Begünstigung der usureceptio dem amicus gegenüber entbehrt bei der H.'schen Auffassung jedes Motives. Dagegen erscheint eine solche Begünstigung ganz am Platze, wenn man die fiducia cum amico als ein lediglich dem Interesse des Fiducianten dienendes Geschäft auffasst, mag man es als Form des depositum oder mit uns als Mittel zur Begründung eines rechtlichen Schutzverhältnisses, eines dinglichen Patronates, auffassen[1]). Wenn Heck einwendet, dass ja zu der Freundschaftsfiducia auch Geschäfte gerechnet würden, bei denen ein Interesse des Empfängers vorliege z. B. Kommodats- und Manumissionsfiducia, so beruht dies auf der Eingangs gerügten Verwechselung von dem was Gajus und dem was die Neueren unter f. cum amico verstehen. Es liegt ausserhalb der Aufgabe, näher auf die usureceptio einzugehen. Darum habe ich die Meinung nicht weiter angefochten, dass

[1]) Vgl. jetzt auch Ihering, Besitzwille S. 409 Note 3, der von Oertmann (S. 145) allerdings völlig falsch verstanden ist.

die von Gajus geschilderte Verschiedenheit der usureceptio je nach der Art der fiducia als Begünstigung der usureceptio bei der fiducia cum amico aufzufassen sei. Um etwaigen Einwänden in dieser Hinsicht zu begegnen, will ich aber bemerken, dass ich jene Meinung allerdings für unrichtig halte und mit Huschke[1]) (freilich im Einzelnen abweichend) annehme, dass es sich um den Grundsatz handelt: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, und dass derselbe nur darum bei der usureceptio der fiducia cum amico nicht hindernd in Betracht kommt, weil locatio und precarium (die einzigen Geschäfte, welche überhaupt vorkommen können) hier „völlig sinnlos" wären, wie Scheurl[2]) bereits bemerkt hat. Diese Deutung passt jedenfalls vortrefflich zu unserer Auffassung der fiducia cum amico, während Heck's Auffassung des Institutes, soviel ich sehe, keinerlei befriedigende Erklärung zulässt.

Nach allem erscheint Heck's Auffassung der Gajusstelle mindestens höchst zweifelhaft. Keinesfalls liefert die Stelle Beweis für Heck's Theorie des „Pfandgeschäftes mit Salmann", und da er selbst den zu b) und c) genannten Stützen keine entscheidende Bedeutung beimisst, so kann sogleich zur Prüfung der inneren Wahrscheinlichkeit der H.'schen Hypothse übergegangen worden.

Zur Veranschaulichung mögen jedoch die beiden Stellen hier Platz finden, in denen nach Heck's Meinung pignus für fiducia cum amico interpolirt ist.

1) L. 34 D. 13, 7: Marcellus libro singulari responsorum:

Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor quia pecunia non solveretur petit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet et cum impetrasset, epistulam qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit: quaero, an hanc venditionem debitor revocare possit offerendo sortem et usuras quae debentur. Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent, revocare non posse.

2) L. 39 eod.: Modestinus libro quarto responsorum:

Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio

[1]) Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 254 ff.; vgl. auch Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 288. — [2]) Beiträge XV S. 43.



Titio pignori dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in conpensationem pecuniae suae certo tempore possideret: verum ante expletum tempus creditor cum suprema sua ordinaret, testamento cavit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum et addidit „quem de Lucio Titio emi", cum non emisset: hoc testamentum inter ceteros signavit et Gaius Seius, qui fuit debitor. quaero, an ex hoc quod signavit praeiudicium aliquod sibi fecerit, cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet. Herennius Modestinus respondit contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur.

Heck nimmt an, dass die erste Stelle ursprüglich „etwa" gelautet habe: „Titius cum ob eam pecuniam, quam Sempronius credidit, fiduciam accepisset, futurumque esset ut eam distraheret creditor etc." In der zweiten Stelle will er hinter dem ersten Lucio Titio einschalten: amico, und anstatt pignus lesen: fiducia. Den Thatbestand bestimmt er dementsprechend:

1) Ein unbenannter Schuldner des Sempronius hat zu dessen Sicherheit dem Titius ein Grundstück cum pacto fiduciae mancipirt. Die Schuld ist fällig. Sempronius ist in Begriff, das Grundstück zu verkaufen. Titius aber bittet ihn, „ut fundum certo pretio emptum haberet". Sempronius erklärt sich einverstanden und erhält von Titius die Bescheinigung, dass das Grundstück ihm verkauft sei. Marcellus erklärt die Abmachung auch gegenüber dem Schuldner für wirksam.

2) Gajus Sejus mancipirt cum pacto fiduciae dem Lucius Titius ein Grundstück. Der Darlehnsgläubiger, für den auf diese Weise Sicherheit gegeben werden soll, ist nicht genannt. Zwischen Sejus, Titius und dem Gläubiger (Heck a. a. O. S. 94) wird nachträglich vereinbart, dass der Gläubiger den Besitz des Grundstückes so lange haben solle, bis durch den Fruchtbezug die Schuld getilgt sei. (Der weitere Inhalt interessirt nicht.)

Zunächst ist hier eine Concession zu machen. Es ist zuzugeben, dass beide Thatbestände an und für sich genau so wie hier mitgetheilt, denkbar sind. Dabei ist aber festzustellen, dass ein Verkaufsrecht des Gläubigers in dem Sinne, dass er es gegenüber dem amicus erzwingen könne, den so kon-

struirten Thatbeständen nicht nothwendig zu Grunde zu liegen braucht, dass damit vielmehr die Annahme wohl vereinbar ist, es schaffe das pactum fiduciae nur Recht zwischen den Paciscenten. Mit dieser Modification ist zuzugeben, dass jene Thatbestände möglich sind. Die Natur der actio fiduciae bringt es mit sich, wie nunmehr wohl feststeht[1]), dass die formlos getroffenen Abreden in freiester Weise und im weitesten Umfang vom judex berücksichtigt werden. Es steht deswegen nichts im Wege, auch sogar eine Wirkung in favorem tertii in der Weise anzunehmen, dass, wenn zwischen dem Schuldner und dem Fiduciar das Verkaufsrecht des Gläubigers ausgemacht war und der Fiduciar demgemäss den Gläubiger zum Verkauf verstattete, er der actio fiduciae des Schuldners dieserhalb nicht ausgesetzt war. Er hatte gehandelt „ut inter bonos bene agier oportet". Der Gläubiger hatte seinerseits die Ansprüche des Schuldners nicht zu fürchten, weil er durch das formale Recht seines Autors gedeckt war. Wenn also der Gläubiger der persönlichen Zuverlässigkeit des amicus sicher war oder sicher zu sein glaubte, der Schuldner aber Bedenken trug, dem Gläubiger fiducia zu geben, konnte ein derartiges Geschäft guten Sinn und praktische Bedeutung haben. Ob man hier von Pfandfiducia, von einem Geschäft „zu Pfandzwecken" sprechen will, ist von untergeordneter Bedeutung. Gegen den Ausdruck ist so wenig und so viel einzuwenden, wie gegen die Subsumtion des ältesten pignus unter den Pfandbegriff. Das Gemeinsame ist die ökonomische Zweckbestimmung. Das juristisch Wesentliche des Pfandes fehlt. Der Gläubiger hat nur das Mass von Sicherheit, welches die moralische Zuverlässigkeit des amicus ihm gewährt. Einen rechtlichen Anspruch hat er nicht, und somit muss die Verwendbarkeit der fiducia an einen Dritten zu Pfandzwecken im juristischen Sinne verneint werden.

Mehr als das Zugegebene folgt, wie gesagt, auch aus den von Heck construirten Thatbeständen nicht. Insbesondere können in l. 34 die Ausdrücke petit und impetrasset auch von dem amicus in unserem hypothetischen Sinn gebraucht sein. Derselbe ist rechtlich Herr der Situation, aber moralisch

---

[1]) Vgl. zuletzt Geib in dieser Zeitschr. Bd. 8 S. 112 ff.

doch derart gebunden, dass sein Vorschlag dem Gläubiger gegenüber als petitum und dessen Durchsetzung als ein impetrare bezeichnet werden kann.

Heck selbst scheint übrigens seiner gelegentlichen Bemerkung, dass das Verkaufsrecht sich aus l. 34 ergebe, keine ernste Bedeutung beizumessen, da er (S. 99) ausdrücklich feststellt, dass die Gebundenheit des amicus gegenüber dem Gläubiger (die doch nur das Korrelat des Verkaufsrechtes ist) durch Quellenzeugnisse nicht erhärtet werden könne, sondern nur „durch die Existenz des Rechtsinstitutes" erwiesen werde. Der Nachweis der Pfandfiducia mit Vertrauensmann nöthige zu dem Schluss, dass ausser dem Mancipanten noch ein Dritter Rechte aus dem pactum conventum erwerben konnte. Dies ist selbst für den Fall nicht richtig, dass die Heck'sche Reconstruction der Stellen richtig wäre. Denn die Praktikabilität des Geschäftes ist auch ohne das Verkaufsrecht denkbar. Es ist zudem möglich, dass der Gläubiger durch Stipulation das obligatorische Recht auf Verkaufsgestattung bezw. Mancipation zum Zweck des Verkaufes dem amicus gegenüber erlangte. Der practische Erfolg einer solchen Combination von fiducia und Stipulation wäre also ganz derselbe, wie der von Heck unmittelbar dem pactum fiduciae zugeschriebene.

So weit geht die Concession, welche dem Heck'schen Gedanken zu machen ist. Es ist anzuerkennen, dass Heck in dankenswerther Weise auf die Möglichkeit einer eigenartigen Benutzung der fiducia aufmerksam gemacht hat, an die man bisher nicht dachte. Dass aber durch die fiducia eine rechtliche Sicherheit des Gläubigers, der Pfandzweck auch nur in dem weiteren Sinn, in welchem die Sicherung durch persönlichen Mancipationsanspruch darunter fällt, erreicht worden wäre, ist nicht zugegeben. Nicht nur ist dies durch Gajus II 60 und die vorliegenden Digestenstellen nicht bewiesen, geschweige dass dafür der Ausdruck fiducia cum amico technisch gebraucht worden wäre; sondern es ist aus inneren Gründen solche Wirkung des pactum fiduciae als unmöglich zu bezeichnen.

Heck streift diese Seite der Sache nur mit zwei kurzen Bemerkungen. „Man könnte", sagt er, „allenfalls an einen Vertrag zu Gunsten Dritter denken. Einfacher ist die An-

nahme, dass der Gläubiger bei dem pactum conventum als Contrahent mitwirkte und dadurch in eigener Person sich Rechte erwarb."

Die letztere Annahme erscheint jedoch durch die juristische Structur der fiducia ausgeschlossen. „Denn unter allen Umständen muss man festhalten, dass die fiducia ihre Anlehnung fand in der durch Mancipation erfolgten Rechtsübertragung."[1]) In dem Uebertragungsact selbst ist offenbar kein Platz für einen Dritten. Und mag man innerlich das pactum conventum noch so unabhängig von der Mancipation denken[2]), — soviel äussere Abhängigkeit wird man anerkennen müssen, dass mindestens die Personen des formlosen Nebenvertrages nur dieselben sein konnten, wie diejenigen des solennen Rechtsgeschäftes. Dazu nöthigt die Fassung des Zwölftafelsatzes: „cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto". Jeder Zusammenhang des pactum conventum mit der Mancipation wird aufgehoben, wenn man jene elementarste Bedingung leugnet. Die fiducia würde einen völlig selbständigen formlosen Vertrag darstellen. Dies würde mit aller Ueberlieferung in Widerspruch stehen. Gerade das Formular der spanischen Fiduciartafel, auf die sich Heck beruft, lässt erkennen, dass die Paciscenten der fiducia identisch zu denken sind mit den Personen der Mancipation. Und wie will Heck die Aeusserung des Gajus: fiducia contrahitur aut cum creditore aut cum amico mit seiner Auffassung in Einklang bringen, wonach die fiducia cum amico et cum creditore et cum amico contrahirt worden wäre!

Eher noch als auf eine Betheiligung des Gläubigers am pactum conventum könnte man sich versucht fühlen, die Verkaufsbefugniss unmittelbar auf das pactum conventum des Schuldners und des amicus zurückzuführen. Man könnte unmittelbar auf das uti lingua nuncupassit der XII Tafeln zurückgreifen wollen, womit wörtlich genommen ja schrankenlose Privatautonomie proclamirt ist. Dass aber jener Satz nicht wörtlich und unbeschränkt zu nehmen ist, sondern nur soweit Geltung hatte, wie die restrictive Interpretation der Rechts-

---

[1]) Pernice, Labeo Bd. 1 S. 424. — [2]) Vgl. namentlich Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 294.



praxis ihn gelten liess, daran braucht nur erinnert zu werden [1]). Eine Wirkung zu Gunsten Dritter ist für die ältere Zeit nur erweislich bei dem Mancipationstestament und zwar unter dem Gesichtspunkt der lex rei dicta im Sinn des Zwölftafelgesetzes: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto [2]). Im übrigen wurde das Princip festgehalten, das Q. M. Scaevola in aller Schärfe bezeugt [3]): „Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest". Für das pactum fiduciae war überhaupt nicht der Gesichtspunkt der lex dationis, sondern das Princip der persönlichen fides massgebend [4]). Somit entschwindet jede Möglichkeit, die Wirkung zu Gunsten des creditor zu construiren.

Auf die Willkürlichkeit der von Heck vorgeschlagenen Emendation der beiden Digestenstellen brauche ich hiernach ebensowenig einzugehen wie auf die spanische Fiduciartafel, welche nach H.'s eigener Bemerkung keine Beweiskraft hat.

Was nun 2) die Frage betrifft, ob die fiducia zu anderen Zwecken als zur Pfandsicherung verwendet wurde, so kann gar kein Zweifel sein, dass sie zu bejahen ist, wenn man unter fiducia allgemein die einer mancipatio oder in iure cessio zugefügte Abrede versteht, dass der Empfänger — unbedingt oder bedingt — die Verpflichtung übernimmt, den Gegenstand zu remancipiren bezw. frei zu geben. Die coemtio fiduciae causa ist hierfür ja ein zweifelloser Beweis [5]). Es kann sich nur fragen, ob jene Begriffsbestimmung hier zu Grunde gelegt werden soll und zwar in zweifacher Hinsicht. In erster Linie ist zu fragen, ob sie dem römischen Sprachgebrauch entspricht, und dann, ob sie sachlich ein geeigneter Ausgangspunkt für die Lösung der von Heck angeregten Frage ist.

Was die römische Terminologie anlangt, so ist zu constatiren: erstens, dass Gajus den Ausdruck „fiduciae causa" bei der Coemtion gerade so gebraucht (I 114—115b) wie er bei der Pfandfiducia technisch ist [6]), zweitens, dass

---

[1]) Vgl. Ihering, Geist 4. Aufl. Bd. 2 S. 545. — [2]) Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 486. — [3]) L. 73 D. 50, 17. — [4]) Vgl. Pernice a. a. O., S. 424, jedoch auch S. 472 ff., wo das pactum fiduciae gar nicht erwähnt wird; im übrigen s. Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 278 ff., Ihering, Geist Bd. II S. 531. — [5]) Von Mancipationstestament und Emancipation sehe ich aus Gründen ab, die hier nicht zu erörtern sind. — [6]) Vgl. Gajus

nicht nur Justinian (§ 8 J. 3, 2), sondern auch Ulpian (l. 2 § 15 D. 38, 17) den Ausdruck „fiduciam contrahere" auf die familienrechtliche fiducia anwendet, drittens, dass auch im vierten Jahrhundert ausweislich der c. 3 Cod. Theod. 5, 1 das Wort fiducia („fiduciae nomen") zur Bezeichnung des familienrechtlichen Verhältnisses vorkommt. Hiernach steht fest, dass in classischer und nachclassischer Zeit für die familienrechtliche ebenso wie für die pfandmässige Mancipation mit verpflichtender Nebenabrede der Ausdruck fiducia gebraucht wurde. Im Sinne der römischen Terminologie ist daher die an die Spitze gestellte Frage zu bejahen. Damit ist jedoch sachlich für das in Frage stehende Problem verhältnissmässig wenig gewonnen und die umfassenden Erörterungen Heck's über die terminologische Seite sind m. E. von untergeordneter Bedeutung, weil der Kernpunkt in der Frage liegt, ob die Fiduciirung von Sachen zu anderen als Pfandzwecken stattfand. Für diese Frage ist es gleichgültig, ob der Ausdruck fiducia in familienrechtlicher Hinsicht einen anderen Sinn hat als bei der Sachenfiducia. Den Ausgangspunkt für unsere Frage muss daher der engere Begriff der Sachenfiducia bilden. Jene Frage ist im Vorhergehenden dadurch schon im bejahenden Sinn entschieden, dass die Heck'sche Deutung der Gajusstelle abgelehnt wurde. Denn dass Gajus nur von Sachenfiducia, nicht auch von Personenfiducia spricht, kann wegen der Beziehung auf Usureception und auch deswegen keinem Zweifel unterliegen, weil Gajus die Personenfiducia an anderen Stellen ganz selbständig behandelt. Also ist die fiducia cum amico des Gajus nichtpfandmässige Sachenfiducia; welcher Art, darauf kommt es zunächst nicht an.

Eine Unterstützung, deren Werth Heck mit Unrecht bezweifelt, gewährt die Erklärung des Boethius zu Cic. top. IV. cap. 10 § 41:

> „Fiduciam accipit, cuicunque res reliqua mancipatur, ut eam remancipet: velut si quis tempus dubium timens, amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus,

---

II 59. 220. III 201, sowie die spanische Fiduciartafel; vgl. auch Gradenwitz in dieser Zeitschr. Bd. 7 S. 46 ff.

quod suspectum sit, praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominabatur, idcirco quod restituendi fides interponitur."

Dass Boethius die Stelle des Gajus speciell im Auge gehabt hat[1]), wie Heck meint, ist nicht ausgeschlossen. Aber wenn Heck daraus folgert, dass dem Boethius das Institut der fiducia fremd gewesen sei, so ist dies nicht gerechtfertigt. Denn wenn B. das Institut auch nicht aus der Praxis kannte, so war er doch bewandert genug in der juristischen Literatur, um darüber aus Berichten mindestens eben so gut Bescheid zu wissen, wie wir. Und dass der sprachlich und historisch feingebildete Zeitgenosse Justinians, als den wir Boethius kennen[2]), den Gajus so gänzlich missverstanden und die vorliegende Definition der fiducia aufs Gerathewohl aus der Luft gegriffen haben sollte, weil die fiducia cum creditore pignoris iure „ihm unklar war", ist in keiner Weise wahrscheinlich. Dass die Pfandfiducia aus der Anschauung jener Zeit nicht ganz entschwunden war, lehrt die Bemerkung des um weniges älteren Sidonius (epist. IV 24): „pecuniam mutuam postulavit impetravitque, nihil quidem loco fiduciae pignorisque vel argenti sequestrans, vel obligans praedium." Hiernach glaube ich, dass die Stelle des Boethius sowohl für den Fall directer Beziehung zur Gajusstelle, als für den Fall der Unabhängigkeit davon gewichtiges Zeugniss für die ausserpfandliche Sachenfiducia ablegt.

Ein ferneres Zeugniss für die letztere gewährt m. E. Coll. II 3:

Papinianus: „Per hominem liberum noxae deditum si tantum adquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore qui noxae deditum accepit: sed fiduciae iudicio non tenetur."

Mit argumentum e contrario folgt aus dieser Stelle[3]), dass an und für sich die fiducia behufs Abverdienung anwendbar und mit actio fiduciae ausgestattet war. Dies giebt Heck zu. Er wendet nur ein, die noxae deditio auf Zeit lasse sich als Pfandsicherung „auffassen." Nun ist die Noxalfiducia ja

[1]) Heck a. a. O. S. 114. — [2]) Vgl. auch das Zeugniss bei Cassiodorius, Variarum 1, 45. — [3]) Vgl. im übrigen Oertmann a. a. O. S. 159.



sicher keine fiducia cum amico im Sinn der Gajusstelle. Aber sie ist auch wesentlich verschieden von der Pfandfiducia, da es sich nicht um Sicherung einer noch schwebenden, sondern um Tilgung einer fälligen Schuld handelt. Jedenfalls liegt hier eine Variante vor, welche in Verbindung mit den familienrechtlichen Fällen beweist, dass wir es keineswegs mit einer fest abgegrenzten, auf den Pfandzweck strict beschränkten, sondern mit einer beweglichen und freischöpferisch verwerthbaren Rechtsfigur zu thun haben.

Von dieser Grundlage aus betrachtet stellt sich eine manigfaltige Verwendung der fiducia jedenfalls als sehr wahrscheinlich dar; und wenn sonst triftige Gründe dafür sprechen, dass in den Digesten eine ausserpfandliche Sachfiducia durch Interpolation in ein anderes Rechtsverhältniss umgearbeitet sei, so bedarf es nicht mehr des besonderen Nachweises, dass die fiducia für derartige Zwecke verwerthbar gewesen ist. Indessen möchte davor zu warnen sein, gerade den Ausdruck fiducia cum amico zu wittern[1]). Ich glaube nicht, dass er technisch war. Er würde uns andernfalls wohl auch sonst irgendwo begegnen. Muss man doch gerade bei Gajus sich hüten, Schemata und Terminologien, die Schulzwecken dienten, ohne weiteres als Gemeingut der römischen Jurisprudenz anzusehen. Der Sache nach trete ich aber den von Lenel und Gradenwitz aufgestellten Interpolationshypothesen, betreffend fiducia cum amico, fast durchweg bei. Insbesondere erscheint mir die Manumissionsfiducia durch l. 30, l. 27 § 1 D. 17, 1, l. 5 § 1 D. 12, 4, l. 18 D. 39, 5 erwiesen. Heck's Gegengründe zielen nur auf die Möglichkeit anderer Deutung. Geht man aber von der vorstehend gewonnenen Grundanschauung aus, so hat man gar nicht nöthig, nach solchen Möglichkeiten auszuschauen. Auf die einzelnen Interpolationen einzugehen, ist für den Zweck dieser Abhandlung nicht nöthig. Nur die Bedeutung der Stellen, wo depositum oder depositum commodatumve für fiducia interpolirt ist, bedarf einer kurzen Erörterung, die indessen zweckmässig im Zusammenhange des Folgenden gegeben wird.

[1]) Lenel schlägt geradezu fiduciae cum amico für den reconstruirten Text vor: Palingenesie II 136. — Vgl. auch Pernice, Parerga III, 9, Zeitschr. Bd. 9 S. 227. Anm. 6.

b.

Wenn ich mich nunmehr gegen die Behauptung wende, dass die Functionen des späteren depositum einstmals durch die fiducia wahrgenommen seien, so beginne ich auch hier wieder mit einer Concession. Es ist zuzugeben, dass, wenn eine Sache bei einem andern zur unentgeltlichen Aufbewahrung (nicht minder natürlich auch im Fall des Entgeltes) hinterlegt werden sollte, der Hinterleger cum pacto fiduciae die Sache mancipiren und demnächst mit actio fiduciae derart zurückfordern konnte, dass für beide Betheiligte freie Beurtheilung nach bona fides eintrat. Die Frage ist nur die, ob diese Möglichkeit eine der Klagbarkeit des formlosen Depositums commensurable rechtliche Erscheinung war. Dies ist m. E. zu verneinen. Es ist möglich, ja wahrscheinlich, dass unter Umständen dieselbe Situation, welche in späterer Zeit zur formlosen Deponirung geführt haben würde, in älterer Zeit Veranlassung zur Fiduciirung gab, und zwar, wie zugegeben ist, aus dem Grunde, weil bei einfacher Hinterlegung der Hinterlegende gegen gewisse Eventualitäten keinen rechtlichen Schutz genoss. Mehr will ja wohl auch die hier bekämpfte Auffassung nicht behaupten. Sie will gewiss nicht behaupten, dass die fiducia mit ihren schwerfälligen Formen und dem Mangel specieller Normirung des Hinterlegungsfalles dem Rechtsverkehr dieselben Dienste geleistet hätte, wie später der formlose und dogmatisch ausgebildete Realcontract. Sie will auch gewiss nicht behaupten, dass der Rechtsverkehr sich der Form der fiducia ehemals in allen Fällen bedient hätte, wo eine Sache hinterlegt wurde und wo dann in späterer Zeit ohne weiteres der Rechtsschutz, der wünschenswerth war, eintrat. Kurz, man wird nicht leugnen wollen, dass intensiv und extensiv die Bedeutung der fiducia hinter dem depositum wesentlich zurückblieb. So weit wäre man also wohl einig und es könnte danach scheinen, ich wollte offene Thüren einrennen. Die Differenz, welche besteht, liegt in der That nicht in der Frage der theoretischen Möglichkeit der Verwendung, sondern in der Frage ob practisch von der fiducia ein derartiger Gebrauch gemacht worden ist, dass man sagen kann, im Rechtsverkehr sei die Stelle des depositum einstmals durch die fiducia ausgefüllt worden. Damit hängt die fernere Frage

zusammen, ob die fiducia cum amico des Gajus als Hinterlegungsfiducia zu verstehen ist. Beide Fragen sind m. E. zu verneinen.

Durchschlagend ist für die Verneinung der ersten Frage schon die Erwägung, dass die bei weitem meisten Hinterlegungen flüchtiger Natur zu sein pflegen, für kurze Zeit und ohne das Bewusstsein eines rechtsgeschäftlichen Actes vorgenommen werden und sich sine ulla controversia schnell wieder lösen. Bedenkt man dem gegenüber die Umständlichkeit der mancipatio und vollends der in iure cessio, so muss man von vornherein vermuthen, dass für die grosse Masse der Hinterlegungsfälle die fiducia gar nicht in Betracht kam. Genaueres Hinschauen bestätigt dies.

Die in iure cessio war bei der fiducia wohl so gut wie gar nicht gebräuchlich. Gajus III 25 bezeugt: „plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere". Was schon bei der Veräusserung dem Römer zu umständlich erschien, was allenfalls noch bei der Verpfändung die Mühe gelohnt hätte, das musste dei den Hinterlegungsfällen des täglichen Lebens practisch ausgeschlossen erscheinen. Ausser der Gajusstelle II 59 ist mir nebenbei gesagt keine Stelle bekannt, in welcher die Möglichkeit der Anknüpfung der fiducia an in iure cessio bezeugt wäre. Stets ist sonst nur von der mancipatio die Rede. Auch das spanische Formular bestätigt, dass practisch die in iure cessio nicht in Betracht kam. Also kann es sich nur noch um die Fiduciirung von res mancipi handeln. Eine eigentliche Hinterlegung ist nun bei allen diesen nicht möglich. Dass Grundstücke nicht deponirt werden können, wird jetzt fast allgemein anerkannt [1]). Ohne Uebernahme der Bewachungspflicht ist der Hergang nicht denkbar, und in noch höherem Masse gilt dies hinsichtlich der sogenannten Hinterlegung von Sklaven und Thieren. Die Beaufsichtigungspflicht und die Unterhaltungslast stempeln den Thatbestand stets zum Auftragsverhältniss und es gilt hier: „puto mandati esse

[1]) Vgl. über die einstmals floride Controverse Glück XV S. 146 ff. Abweichend Dernburg, Pand. 2 § 92. 243.



actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem" (l. 1 § 12 D. 16, 3). Bei res mancipi kann also nicht von einem Hinterlegungszweck der Fiduciirung die Rede sein. Wenn man annehmen könnte, dass die fiducia auf Immobilien beschränkt war, was vermuthungsweise mehrfach geäussert ist [1]), so würde dies ein Argument mehr abgeben. Gegen jene Annahme sprechen aber Paulus sent. II 13, 2 und die m. E. sehr wahrscheinliche ursprüngliche Beziehung von l. 31 D. 13, 7 und l. 22 D. 9, 4 auf die fiducia, womit die Anwendung wenigstens auf Sklaven erwiesen wird. Nicht zu vergessen ist ferner, dass in den wichtigsten Fällen, nämlich beim Nothdepositum, dem formlosen Act ein wirksamer Rechtsschutz durch Strafklage gegeben war [2]). Wenn nun trotz alledem in concreto Fiduciirung „zu Hinterlegungszwecken" vorgekommen sein sollte, so bleibt es doch eine unrichtige Behauptung, dass die fiducia als Rechtsinstitut „den Zweck des depositum erfüllt" habe.

Ich muss mit zwei Einwänden rechnen, nämlich:

1) dass die Stellen bei Gajus und Boethius das Gegentheil bewiesen,

2) dass in mehreren Fällen fiducia seitens der Compilatoren ersetzt sei durch depositum bezw. depositum commodatumve.

Was 1) Gajus anlangt, so muss schon der Umstand, dass Gajus das depositum als ausgebildeten Realcontract kennt, davon überzeugen, dass unter seiner fiducia cum amico contracta kein Hinterlegungsgeschäft, sondern ein eigenartiges Stellvertretungsgeschäft zu verstehen ist und dass die Worte quod tutius essent „nicht auf factische, sondern auf rechtliche Sicherheit gehen" [3]). Diese Ueberzeugung wird unterstützt

---

[1]) Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 433; Bekker, Actionen; Geib in dieser Zeitschr. Bd. 8 S. 117. — [2]) Darüber unten das Nähere. — [3]) So Ihering, Besitzwille S. 409 mit dem Zusatz: „Die Meinung, dass man den factischen Sicherheitszweck des Depositums in alter Zeit in der Form der fiducia verfolgt habe, ist eine gänzlich thörichte." Oertmann a. a. O. S. 145 hat Ihering merkwürdig missverstanden. Vgl. ferner Scheurl, Beiträge XIII S. 37: „Wer fiduciam contrahit cum amico, will nur einstweilen seine Sache vor Gefahren schützen und zwar vorzugsweise vor juristischen Gefahren sicher stellen."



durch die Erläuterung des Boethius, wonach in Zeiten politischer Gefahr der mächtigere Freund durch die fiducia ein „dingliches Patronat", wie ich sagen möchte, übernimmt. Die blosse Möglichkeit einer derartigen Deutung genügt angesichts der vorher dargelegten Umstände um die entgegengesetzte Deutung auszuschliessen. Bezüglich des Gewichtes der Auffassung des Boethius ist auf das bereits gesagte (oben S. 310) zu verweisen.

2) Die Interpolationen, welche in Betracht kommen, betreffen folgende Stellen:

a) l. 13 § 1, l. 1 § 42, l. 32 D. 16, 3[1])

b) l. 1 § 47 D. 16, 3[2]), l. 31 D. 13, 7, l. 27 D. 15, 1, l. 6 D. 45, 3[3]) l. 22 D. 9, 4.

An die von Voigt behauptete Interpolation von depositum für fiducia in den drei zu a) genannten Stellen glaube ich nicht. Die Schwierigkeit in l. 13 § 1 löst sich befriedigend, wenn man mit Savigny[4]) den dolus nur als das Hauptbeispiel für Handlungen des Depositars auffasst, durch welche unter Bereicherung des Letzteren die Vindication unmöglich gemacht wird. Weniger ansprechend ist Marezolls[5]) Annahme: es handle sich um condictio furtiva[6]). Uebrigens scheint mir eine Verstümmelung keineswegs ausgeschlossen. Nur für die Ausmerzung einer fiducia fehlt jeder Anhalt. Wegen der beiden anderen Stellen kann ich auf Heck a. a. O. verweisen. Gegen Voigt[7]) sei übrigens bei dieser Gelegenheit bemerkt, dass wenn er aus Cicero de off. I 10, 31 (verba: reddere depositum) folgert, die Römer hätten „die fiducia cum amico dem Begriffe des depositum untergeordnet" (sic) dies auf einer kaum begreiflichen Identificirung von fiducia und fides beruht. Es heisst bei Cicero: „incidunt tempora cum ea quae maxime videntur digna esse iusto homine, commutantur fiuntque contraria, ut reddere depositum, facere promissum, quaeque pertinent ad veritatem et ad fidem"!

Es erübrigen die Stellen zu b), in denen überall depositum

---

[1]) Voigt, XII Tafeln II S. 178, ius naturale III Anm. 1273. 1410. — [2]) Pernice, Zeitschr. Bd. 9 S. 227 Anm. 6; Lenel, Palingenesie I S. 30 Anm. 4, S. 212 Anm. 1, S. 123 Anm. 4, S. 802 Anm. 2; Heck a. a. O. S. 121. — [3]) Pernice a. a. O. — [4]) System Bd. 5 S. 518. — [5]) Linde's Zeitschr. Bd. 10 S. 244. — [6]) Heck nimmt dies ebenfalls an. — [7]) Ius naturale II S. 542.



commodatumve steht. Darüber ist allgemein zu sagen: Es ist nicht anzuerkennen, dass aus der Umtauschung der Worte seitens der Compilatoren irgend etwas für den historischen Zusammenhang zu folgern wäre[1]). Denn wenn der Gedanke, „für das veraltete Rechtsinstitut seine rechtsgeschichtlichen Nachfolger einzufügen" wirklich bestimmend für die Interpolation gewesen wäre, so würde daraus doch nur folgen, dass die Compilatoren geglaubt haben, der historische Zusammenhang verhalte sich so, nicht aber, dass der Hergang auch wirklich so gewesen sei. Die Macht der angeführten Gründe scheint mir aber bereits gross genug, um das Gewicht zu übertreffen, welches eine historische Anschauung Tribonians für uns haben kann. Dass wirklich ein durchgehender geschichtlicher Gesichtspunkt jene Interpolationen veranlasst haben sollte, scheint mir zudem wenig glaublich. Wahrscheinlicher ist mir, dass es sich um Interpolationen von Fall zu Fall in der Weise handelt, dass jeweils der Thatbestand der gegebenen Stelle eine Anwendung der fiducia darstellte, welche Vertauschung mit depositum commodatumve gestattete. Die Möglichkeit solcher Fiduciathatbestände ist, wie bereits wiederholt bemerkt, zuzugeben. Ein solches Verfahren ist weniger mechanisch als jenes andere und imputirt den Compilatoren nicht eine historische Auffassung, deren Haltlosigkeit ich für offenbar halte.

Von der Wahrscheinlichkeit der Interpolation in den einzelnen Fällen kann ich demnach absehen. Auch wenn in allen Stellen (und vielleicht lassen sich noch andere nachweisen) ursprünglich von hinterlegungsmässiger Sachenfiducia die Rede war, so ändert dies an dem Ergebniss nichts. Theilweise kann übrigens in den Stellen eine Pfandfiducia getilgt sein.

---

[1]) Pernice, Zeitschr. Bd. 9 S. 227 Anm. 6 meint: „dass auch das Commodat in der zweiten Form der fiducia abgeschlossen wurde, zeigt die Interpolation depositum vel commodatum für fiducia cum amico".

II.

Die actio depositi directa hat sich aus der Strafklage der XII Tafeln für den Fall des depositum miserabile entwickelt.

Die Grundlagen dieser Ansicht sind:

1) Die Notiz der Collatio (X 7, 11) aus des Paulus sententiae:

„Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum".

2) Der Wortlaut des Edictes:

„Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum; earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius in duplum iudicium dabo."

Früher verstand man die Mittheilung des Paulus allgemein so, dass die XII Tafeln dem Deponenten unter wesentlich den gleichen Voraussetzungen wie nach dem späteren Kontraktsrecht eine actio in duplum gegeben hätten, so dass, einseitig vom Standpunkte des Deponenten betrachtet, die Einführung der Kontraktsklage sich als Minderung des Anspruches des Deponenten darstelle [1]).

In welches Verhältniss der Praetor die neue Klage zur alten gestellt habe, darüber herrschten und herrschen unter den Anhängern jener Meinung verschiedene Anschauungen. Während Huschke [2]) und Rudorff [3]) es als gewiss betrachten,

---

[1]) Jac. Gothofredus restituirte den Zwölftafelsatz: „Si quid endo deposito dolo malo factum escit, duplione luito." Für die im Text referirte Auffassung vgl. z. B. Heineccius antiquitates III 15, 31; Schulting, jurisprud. zu Paul. sent. II 12 § 11; Rein, Privatrecht S. 646 Anm. 1; Unterholzner, Schuldverhältnisse II 671[n]; Arndts, gesammelte Schriften Bd. 1 S. 408 ff. Auch Demelius Ztsch. f. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 224 ff. scheint auf demselben Standpunkt zu stehen. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 435 nennt die Klage „actio poenalis wegen Treubruches d. h. wegen Unterschlagung". — [2]) Ztsch. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 277 Note 40. — [3]) Ebenda Bd. 14 S. 462.

dass die Zwölftafelklage neben der praetorischen Klage fortbestanden habe „wie die actio rationibus distrahendis neben der actio tutelae“, scheint jetzt die Auffassung zu überwiegen, dass die eine Klage durch die andere ersetzt sei.

Ihering's[1]) Argument „es sei schwer begreiflich, was den Praetor hätte veranlassen können, eine actio depositi auf das simplum einzuführen d. h. dem Deponenten weniger zu bieten als er nach bisherigem Rechte hatte“, trifft beide Auffassungen m. E. in durchschlagender Weise. An und für sich wäre es freilich denkbar, dass die Rücksicht auf den Depositar oder eine Milderung der allgemeinen Rechtsanschauung (wie beim furtum manifestum) den Praetor zu einer Abschwächung des Rechtes des Deponenten veranlasst hätte. Diese Möglichkeit fällt aber in dem Augenblick ausser Betracht, in welchem man sich erinnert, dass auch die jüngere Klage nur im Falle des dolus Platz griff. Für diesen Fall wäre eine Milderung der Haftung in der That kaum zu erklären. Etwas anderes würde es sein, wenn man glauben dürfte, dass es sich nicht um Reduction des Anspruches auf die Hälfte handle, sondern um Ersetzung der „absoluten Tarifirung“ in Gestalt des doppelten Sachwerthes durch das individuelle einfache Interesse[2]). So verstanden hätte die Einführung des simplum für dieselben Fälle, in denen bisher das duplum galt, einen guten Sinn, auch sogar in Gestalt der wahlweisen Proponirung neben dem duplum. Aber jener Sinn wird durch die Worte des Paulus nicht einmal angedeutet, geschweige ausgedrückt. Ferner: Paulus hat doch wohl das Edict des Praetors im Auge, wie es in l. 1 D. 16, 3 vor uns liegt. Auch im Ausdruck schliesst er sich, glaube ich, an dasselbe an. Er will nur das simplum des Edictes konstatiren. Im Edict selbst liegt aber gewiss nicht der Gegensatz von Sachwerth und Interesse, von absoluter und individueller Aestimation. Der Fortschritt vom einen zum anderen tritt uns als Ergebniss allmäliger historischer Entwickelung entgegen. Als unmittelbares Resultat praetorischen Eingreifens würden wir ihn nur dort ansehen dürfen, wo wir Zeugnisse dafür hätten. Beim

---

[1]) Schuldmoment, verm. Schriften S. 190. — [2]) Vgl. Ihering, Geist Bd. 2 § 29.

vorliegenden Edict ist aber jedenfalls der Gegensatz nicht in der Art der Schätzung, sondern lediglich im Quantum zu finden. Dem Nothdepositum giebt der Praetor gegenüber dem gewöhnlichen depositum nicht einen anders qualificirten, sondern einen im Masse stärkeren Schutz. Somit halte ich mit Ihering und den meisten neueren Schriftstellern es für ausgeschlossen, dass die Zwölftafelklage sich auf den gleichen Thatbestand bezog, wie die Edictsklage.

Ueber Voraussetzungen und Tragweite der Zwölftafelklage gehen nun die Ansichten auch derjenigen sehr auseinander, die hiermit einverstanden sind.

Ihering[1]) vermuthet, es handle sich um die Klage aus furtum nec manifestum. Ubbelohde[2]) glaubt an eine allgemeine actio de perfidia. Puchta[3]) und andere beziehen die Notiz des Paulus auf die actio fiduciae, Eisele und Asher auf das depositum tumultus incendii ruinae naufragii causa[4]) [5]).

Gegen Ihering's Vermuthung spricht vor allem der Wortlaut der Paulusstelle. Es ist die Rede bloss vom depositum. „Ex causa depositi" wird die Zwölftafelklage und die prätorische Klage in einem Athem genannt. Wie sollte das bei der einen Klage einen anderen Sinn haben als bei

---

[1]) Schuldmoment, verm. Schr. S. 190. — [2]) Zur Gesch. der benannten Realcontracte S. 34 ff.; neuerdings stimmt ihm bei Schulin röm. Rechtsgesch. S. 407. Vgl. auch Cujacius zu Paul. sent. II 13 (ed. Neap. X 986). — [3]) Puchta, Inst. § 272 bei Anm. r; C. Sell in den S'schen Jahrb. Bd. 2 S. 32; Voigt, jus nat. II S. 542, XII Tafeln II S. 479, vgl. auch Puntschart grundgesetzl. Civ. R. S. 290. — [4]) Eisele, die materielle Grundlage der exceptio S. 141 und Asher in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. 22 S. 267. Die ohne Begründung ganz beiläufig gemachten Bemerkungen beider Schriftsteller haben wenig Beachtung gefunden. Vgl. jedoch Arndts a. a. O. S. 40 und Windscheid Pand. § 378 Note 13; Voigt, XII Tafeln II S. 481. Auch mir sind sie erst bekannt geworden, nachdem ich selbständig zu dem gleichen Resultat gelangt war. Eisele hinwiederum hat unabhängig von Asher geschrieben. — [5]) Eisele's Ansicht ist von Oertmann S. 142 ungenau wiedergegeben. Während E. von der Analogie des f. nec manifestum spricht, unterstellt O. ihm die Behauptung, die Zwölftafelklage ex causa depositi sei eine Abart der Diebstahlsklage. Oertmann identificirt die Ihering'sche und Eisele'sche Auffassung und schliesst sich beiden an, obgleich er — S. 141 — sagt, dass die Zwölftafelklage auf das Nothdepositum beschränkt gewesen sei!

der anderen? Bei der praetorischen Klage ist zweifellos die specielle Depositumsklage gemeint, also doch wohl auch bei der Zwölftafelklage. Ihering's Hypothese bedeutet nicht die Auslegung, sondern die Berichtigung der Notiz des Paulus. Zu einer solchen Berichtigung liegt aber keine Veranlassung vor, wenn man die ältere Klage auf das Gebiet des Nothdepositums beschränkt denkt.

Beiläufig bemerkt, scheint mir allerdings der Versuch verfehlt, die Ihering'sche Hypothese durch den Nachweis zu schlagen, dass die Diebstahlsklage auf die Unterschlagung des depositum nach Zwölftafelrecht gar nicht Anwendung gefunden habe. Asher und Arndts berufen sich dafür auf den Satz: „infitiando depositum nemo facit furtum" (l. 68 pr. D. 47, 2 vgl. dazu l. 1 § 2 ebenda). Das ist mir nicht recht verständlich. Denn der Thatbestand des furtum beim depositum wird hier doch — negativ — näher bestimmt, seine Möglichkeit also vorausgesetzt. Aber auch Ubbelohde's[1]) Begründung erscheint mir nicht zutreffend. U. meint, die Unterschlagung sei in ältester Zeit nicht als furtum, sondern als perfidia gestraft. Den Grund findet er in l. 55 § 1 D. 26, 7 (Tryphoninus): „tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere." Aber es steht nicht nur für die Zeit des Tryphoninus fest, dass Unterschlagung als furtum galt (Gajus III 169), sondern schon von Q. Mucius Scaevola meldet Gellius VI 15: „Verba haec posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit." Es ist also nicht richtig, dass „die Uebertragung der Detention seitens des dominus" der Grund ist, warum beim tutor das furtum verneint wird. Vielmehr ist das Entscheidende admissa administratio. Dem tutor ist das Dispositionsrecht gegeben, er missbraucht es nur. Der Depositar hat keine administratio. Es fehlt ihm die formelle Verfügungsbefugniss, die der tutor hat.

Gegen die Beziehung der Paulusstelle auf eine allgemeine actio de perfidia, wie sie Ubbelohde annimmt, sprechen dieselben Gründe, welche die Ihering'sche Deutung ausschliessen,

---

[1]) A. a. O. S. 37 ff.

so dass es nicht nöthig ist, zu prüfen, ob es wirklich eine derartige Klage gegeben hat[1]), die übrigens wesentlich auf die angebliche Unanwendbarkeit der actio furti auf Unterschlagung gegründet wird.

Was die Annahme betrifft, es handle sich in der Stelle des Paulus um die actio fiduciae, so habe ich dem im ersten Theil dieses Aufsatzes gesagten nur weniges hinzuzufügen. Denn wenn die fiducia so wenig Beziehung zum depositum hatte, wie ich annehme, versteht es sich von selbst, dass Paulus die actio fiduciae nicht als eine actio ex causa depositi bezeichnen konnte[2]).

Auf die Frage, ob die actio fiduciae überhaupt bis in die Zeit der Zwölftafeln hinaufreicht, will ich nicht eingehen, obgleich ich glaube, dass sie zu verneinen ist[3]) und dass auch aus diesem Grunde die Beziehung der Paulusstelle auf die Fiduciarklage ausgeschlossen ist. Vielmehr will ich mich auf den Hinweis beschränken, dass die actio fiduciae gar nicht auf das duplum ging.

Zum Beweis des Gegentheils beruft man sich vorzugsweise auf die Paulusstelle[4]), was als petitio principii keiner Widerlegung bedarf. Ebensowenig darf man die Mittheilung Cicero's (off. III 16) über die infitiatio der bei der mancipatio übernommenen Verpflichtungen heranziehen. Der Zusammenhang ergiebt zweifellos, dass es sich ebenso wie in Paulus 17, 3 um Verpflichtungen des Verkäufers handelt.

Voigt[5]) — und damit erschöpfen sich die für die Gegenmeinung geltend gemachten Gründe — findet durch folgende Momente seine Ansicht gerechtfertigt: 1) eine civilis depositi actio auf duplum sei nicht bezeugt; — dies ist wieder das Thema probandum; 2) die actio depositi sei nach der lex Iulia municipalis unbekannt; — das ist richtig für die Contractsklage, beweist nichts gegen die civile Delictsklage; 3) Paulus

---

[1]) Vgl. dawider: Bekker, Actionen Bd. 1 S. 308; Pernice, Labeo Bd. 1 S. 424; Voigt, jus nat. III S. 837, XII Tafeln II S. 481. — [2]) Von einem anderen Gesichtspunkt aus verneint die Beziehung Pernice, Labeo Bd. 1 S. 433 (vgl. auch S. 424). Rudorff's Gründe (Ztschr. f. geschichtl. Rechtsw. Bd. 14 S. 461) finde ich nicht schlagend. — [3]) Die Literatur bei Oertmann S. 52 ff. — [4]) Puchta, Sell a. a. O. — [5]) XII Tafeln Bd. 2 S. 479.



sage nicht actio depositi, sondern „ex causa depositi“; causa depositi liege aber auch bei der fiducia cum amico vor; dieses Argument ist bereits nach verschiedenen Seiten gewürdigt.

Hiernach sind wir auf die Wahrscheinlichkeit hingedrängt, dass die Zwölftafelklage engere Voraussetzungen als die spätere actio depositi hatte; und das Edict zeigt mit dem Finger darauf hin, dass es der Thatbestand des depositum miserabile war, den das Zwölftafelrecht unter seinen Schutz stellte.

Das entscheidende Moment, dem gegenüber alle anderen Gründe nur unterstützend in Betracht kommen, liegt in der Fassung.

Vergleicht man etwa das Edict: „Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo“ (l. 1 D. 13, 6) mit dem Edict über das depositum, so drängt sich die Frage auf: Warum beginnt der Praetor unser Edict mit einer Negative? Warum steht das practisch untergeordnete, im System als Ausnahme von der Regel erscheinende Nothdepositum im Vordergrund? Warum ist dieses der Ausgangs- und Anknüpfungspunkt für das Edict? Die Antwort liegt auf der Zunge: Weil der Edicent die actio in duplum aus dem Nothdepositum vorfand.

Paulus hatte das Edict vor sich, als er die Bemerkung von der Zwölftafelklage ex causa depositi aufs Doppelte niederschrieb. Es gab zu seiner Zeit nur eine actio in duplum ex causa depositi, nämlich die im Edict proponirte. Er sagt „lege XII tabb. datur“[1]). Er theilt also, der ganzen Tendenz und Anlage der Sentenzen gemäss geltendes Recht mit d. h. er bezieht sich auf die Klage aus dem Nothdepositum. Dass er sich der Bedeutung des Nothdepositum bewusst war, wird auch durch II 12, 3 bestätigt, wo es in erster Linie heisst: „deponere videtur qui in metu ruinae incendii naufragii apud alium custodiae causa deponit.“

---

[1]) Arndts a. a. O. S. 407 ff. macht gegen die Urgierung der Praesensform geltend, dass es in sent. IV 8, 22 auch heisst: lex XII tabularum nulla discretione sexus agnatos admittit. (In dem überlieferten Text heisst es cognatos.) Die Abweichung von diesem Grundsatz „Voconiana ratione“ hat P. vorher mitgetheilt, und nun fährt er fort: ceterum lex XII tabl. etc. Es wird also durch das admittit in der That geltendes Recht bezeichnet.



Die civile Herkunft der Klage in duplum ergiebt sich auch aus der Perpetuität, welche Neratius (l. 18 D. 16, 3) bezeugt: „De eo, quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione et in simplum et intra annum quoque: in ipsum et in solidum et in duplum et in perpetuum datur.“ Arndts (S. 409) glaubt dieses Argument durch den Hinweis auf die Perpetuität der actio furti manifesti in quadruplum entkräften zu können, welche bekanntlich als Ausnahme der Regel von Gajus (IV 111 vgl. pr. J. 4, 12) bezeugt wird. Aber erstens hätte es für Gajus nahe gelegen, neben der actio furti auch die actio depositi in duplum zu nennen, wenn er deren Ursprung wirklich für praetorisch gehalten hätte; und dann giebt Gajus als Grund für die Perpetuität der actio furti manifesti an: „cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.“ Das heisst m. E. nicht, wie die justinianischen Institutionisten es aufgefasst haben: „absurdum enim esse existimavit anno eam terminari“, sondern: „weil das praetorische quadruplum nur Surrogat der civilen Kapitalstrafe ist.“ (Vgl. Gajus III 189.) Auch bei den Klagen des bonorum possessor führt Gajus die Perpetuität zurück auf die Vorbildlichkeit der Civilklagen.

Das so gewonnene Resultat steht im besten Einvernehmen mit den massgebenden Darlegungen Pernice's[1]) über die eigenartige innere Entwickelung des Hinterlegungscontractes. Erst durch den unmittelbaren Anschluss des Edictes an die Strafklage der XII Tafeln, die für das Nothdepositum geradezu conservirt ist und für die sonstige actio depositi leitend war, wird m. E. verständlich, dass die Entwickelung des depositum vom Delictsstandpunkte beherrscht wird. Innere Gründe dafür sind nicht vorhanden. Jedenfalls weist die Behandlung des depositum zahlreiche Erscheinungen auf, die der inneren Verständlichkeit durchaus entbehren. So z. B.[2])

L. 1 § 25 D. 16, 3 (Ulpianus): „Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine

---

[1]) Labeo Bd. 1 S. 433 ff., Bd. 2 S. 310 ff. Vgl. ferner Dernburg, Compensation, 2. Aufl. S. 52 ff., S. 598; Ihering, verm. Schriften S. 191. — [2]) Ich beziehe mich im übrigen auf Pernice S. 436 ff.



dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes."

L. 81 § 1 D. 46, 3 (Pomponius) .... si sine dolo malo hoc fecero, liberabor aut (quod verius est) non incidam in obligationem."

Die Natur des Hinterlegungsvertrages erklärt, wie gesagt, solche Entscheidungen nicht. Der Delictsstandpunkt wird aber auch nicht etwa schon durch den Umstand erklärt, dass eine besondere Klage für die Veruntreuung des depositum ehemals bestand. Denn an und für sich hätte sich der Contract trotzdem ja selbständig entwickeln können. Noch weniger natürlich vermögen die übrigen Hypothesen über die Natur der Zwölftafelklage die Abhängigkeit vom Delictsgedanken zu erklären. Kurz, ich sehe in der directen Anlehnung des Edictes an die Zwölftafelklage aus depositum miserabile den Schlüssel zum Verständniss der Entwickelung des depositum.

Dass ich hiernach die formula in factum concepta für älter halte, als die in jus concipirte[1]) Formel, bedarf kaum noch der Hervorhebung. Das in jus gestellte Formular setzt eine freiere Interpretation des Edictes und entwickeltere Grundsätze betreffs des Contractes voraus, als dass wir sie für die erste Zeit nach Erlass des Edictes voraussetzen dürfen. Warum die factische Formel neben der jüngeren Rechtsformel conservirt wurde, ist eine andere Frage, die hier nicht zu entscheiden ist.

---

[1]) Gajus IV 47, 60. Die Literatur der Frage s. bei Keller, Civilprozess, 6. Ausgabe S. 162 und ausserdem besonders Krüger, Gesch. der röm. Rechtsquellen S. 44 Note 39, auch Dernburg, Compensation a. a. O.; Asher a. a. O. S. 268 ff.; Huschke, Darlehn S. 10 und Geib in dieser Ztschr. Bd. 8 S. 129.

XIV.

Naturalis obligatio ex pacto?

Von

Herrn Professor **Hellmann**

in München.

In den Fällen der noxae deditio des ältesten römischen Rechtes müsse man sich, so bemerkt Ihering[1]), vorstellen, dass der Verletzte und der paterfamilias oder dominus des caput noxium mit einander handelten, bevor es zur noxae deditio kam. Wurden sie handelseinig, so habe man die Abmachung pacere, pacem condere genannt. Die ursprüngliche Bedeutung von pactum sei also nicht die eines Vertrags überhaupt, sondern die von pax, Frieden, nämlich Beilegung der Feindseligkeiten. Auch das deutsche Wort „Vertrag" weise ursprünglich auf dieselbe Idee hin, nämlich auf die des „sich vertragens". Diesen ursprünglichen Begriff von pactum, der also ein bereits bestehendes Rechtsverhältniss voraussetzt und ein Ablassen von einem der Strenge nach zuständigen Recht in sich schliesst, dürfe man für das römische Recht nie ausser Acht lassen. Hätte man ihn stets im Auge behalten, so würde die falsche Theorie von der nach späterem römischen Recht aus einem pactum entspringenden obligatio naturalis sich schwerlich so sehr eingenistet haben[2]).

Dass wegen Erkenntniss dieser von Ihering angenommenen Bedeutung von pactum[3]) die neuere Doctrin überwiegend sich gegen die Entstehung einer obligatio naturalis aus dem pactum erklärt hat, möchten wir bezweifeln; wenigstens sagt sie es nicht mit der genügenden Deutlichkeit. Wie dem auch sein

---

[1]) Geist d. r. R. 4. Aufl. Bd. I. S. 136. — [2]) Ihering a. a. O. N 45. — [3]) Auf welche übrigens schon Connanus, commentarii V. I und v. Völderndorff, zur Lehre vom Erlass S. 20. 30. aufmerksam gemacht haben.

möge, mir scheint diese Ansicht der neueren Doctrin ihrerseits falsch zu sein und ich möchte im Folgenden versuchen, einen Beitrag zur Befestigung der älteren zu liefern.

Um sogleich mit dem Argumente Iherings zu beginnen, so mag es wohl sein, dass pactum nach etymologischer Methode zunächst zu der von Ihering in den Vordergrund gestellten Bedeutung hinführt. Allein daraus folgt nichts für die Bedeutung, in welcher die römische Jurisprudenz das Wort verwendete. Gewiss ist, dass das pactum adjectum, soferne es die Rechte des einen Contrahenten steigert, nicht im Sinne eines „Ablassens von einem der Strenge nach zuständigen Rechte“ verstanden worden ist z. B. wo von usurae quae et pacto naturliter debebantur die Rede war l. 5 § 2 D. 46. 3[1]). Auch lässt sich nicht sagen, dass ein bestehendes Rechtsverhältniss vorausgesetzt wurde, wo ein Contrahent suae rei legem dicit, wie bei dem pactum des extraneus, si de suo daturus sit dotem l. 20 § 1 D. 23. 4 und unbedenklich sprechen die Quellen von pactum hypothecae, auch wenn ein Nichtschuldner seine Sache dem Gläubiger eines andern verpfändet, obwohl doch der Dritte nichts von einem ihm der Strenge nach zuständigen Rechte gegen den Gläubiger ablässt, l. 4 cf. l. 5 § 2 D. 20. 1, ganz zu geschweigen von den durch Prätor und Kaiser im späteren römischen Rechte anerkannten klagbaren pacta, die so nicht genannt werden durften, wenn man nicht mit dem Worte einen von der etymologischen Wurzel unabhängigen Begriff verbunden hätte.

Der sprachlichen Ableitung von pactum kann daher wohl im Ernste irgend welche Beweiskraft gegen die Möglichkeit der Begründung einer naturalis obligatio nicht beigemessen werden. Von einer weiteren Prüfung dieses Argumentes ist deshalb im Folgenden abzusehen.

Als Donellus seine commentarii de jure civili schrieb, scheint es die überwiegende Ansicht gewesen zu sein, dass im römischen Rechte das pactum eine obligatio naturalis begründen konnte. Donellus selbst[2]) theilte sie und erwähnt

---

[1]) Vgl. ferner l. 7 pr. D. 20. 5. — [2]) A. a. O. lib. XII. c. 2. §§ 6. 7.

als Dissentienten lediglich Eguinarius Baro und Franciscus Connanus. In den Noten zu Donellus, welche Hilliger in seiner Ausgabe der opera omnia Donelli beigefügt hat, finden wir Gifanius, A. Faber und Charondas als weitere Zeugen der entgegengesetzten Meinung angeführt. Wie die Noten des Heinrich Cocceii zu Hugo Grotius, De jure belli ac pacis zeigen, vermehrt sich die Zahl der Gegner durch Cocceii, der seine Meinung ausführt in den Disputationes de differentia pactorum et stipulationum Sectio I. disput. 40. fol. 1886.

Doch behält die herrschende Meinung der Aelteren bis gegen die Mitte unseres Jahrhunderts das Uebergewicht [1]), wenn gleich vereinzelte Stimmen [2]) für die Gegner sich vernehmen lassen. v. Savigny unternahm es, die herrschende Meinung mit neuer Energie zu vertheidigen. Aber der Kampf gegen diese Meinung kommt nicht mehr zur Ruhe, seit Holtius [3]) trefflich gerüstet auf die Seite der Gegner getreten war und

[1]) Vgl. Hugo Grotius' de jure belli ac pacis tom. II. lib. 2 c. 1—3; Heineccius, elementa juris civilis pars VI. § 381 Note * No. 1; Scipio Gentilis, de donationibus inter virum et uxorem lib. II. caput 15 (Neapoli 1765) S. 230 Z. 9 f. v. o.; Weber, Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit S. 345 ff.; Makeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts § 573; Schweppe, römische Rechtsgeschichte § 314; Mühlenbruch, doctrina pandectarum III § 599; Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts I § 223; Francke, Abhandlungen No. II S. 69; Reinhardt, vermischte Aufsätze S. 44; Thibaut, System 8. Aufl. §§ 464, 465; Büchel, Erörterungen S. 57 ff.; v. d. Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrechte S. 263 ff.; Schmidt v. Ilmenau in Richters krit. Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft Bd. 21 S. 26 ff.; v. Savigny, Obligationenrecht I. S. 53 ff.; v. Scheurl in der Heidelberger kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft Bd. I. S. 516; Puchta, Pandekten, § 237 Note f und Rudorff zu Note f; Keller, Pandekten S. 449; Vering, Geschichte und Institutionen des röm. Privatrechts 2. Aufl. S. 330 IV., und wie es scheint auch Böcking, Pandekten des röm. Rechts I § 106 Note 9. — [2]) Lelièvre, quid est obl. naturalis; v. Meyerfeldt, die Lehre von den Schenkungen I. S. 344 ff.; Rosshirt in der Zeitschr. f. Civil- und Criminalrecht Bd. I. S. 122 ff.; Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen S. 79 Anm. 1 und in Linde's Zeitschr. Bd. 15. S. 197 ff.; Gneist, die formellen Verträge S. 169 ff.; Schlesinger, zur Lehre von den Formalkontrakten S. 90; Girtanner, die Stipulation S. 401 ff.; Unterholzner, Schuldverhältnisse I. § 23. — [3]) Abhandlungen civil- und handelsrechtlichen Inhalts, übersetzt von Sutro S. 1 ff.

Brinz[1]) mit der ihm eigenen Feinheit der Quellenbehandlung ebenfalls die Entstehung einer naturalis obligatio ex pacto für grundsätzlich ausgeschlossen erklärt hatte. Unter den Neueren ist dies die herrschende Meinung geworden, welche abgesehen von Schwanert und Kuntze, die keine Ausnahme gelten lassen, nur im Zinspaktum eine Ausnahme erkennt[2]).

Im Anschluss an die hier skizzirte Dogmengeschichte soll zuerst eine Uebersicht der für die obligatio naturalis ex pacto geltend gemachten Gründe versucht werden. Aus der Abwägung derselben und der alsdann zu erörternden Gegengründe wird sich zwar ergeben, dass nach dem bisher benützten Quellenmaterial ein abschliessendes Urtheil über die Frage nicht erzielbar ist; allein es soll sich mit Hülfe einiger bisher nicht in die Untersuchung gezogener Gesetzesstellen, wie ich glaube, der bestimmte Nachweis zu Gunsten der älteren Doctrin erbringen lassen.

I.

Das bisher zu Gunsten der naturalis obligatio ex pacto benützte Quellenmaterial möge hier zunächst vollständig zusammengestellt werden.

Im Vordergrunde steht: l. 5 § 2 D. 46. 3: Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit: si sint usurae debitae et aliae indebitae, quod solvitur in usuras, ad utramque causam usurarum tam debitarum quam indebitarum pertinere: puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur. si vero summa usurarum debitarum et non debitarum non eadem sit, aequaliter ad utramque causam proficit quod solutum est, non pro rata, ut verba rescripti ostendunt. sed si forte usurae

[1]) Krit. Blätter No. 3 S. 12 ff. — [2]) Vgl. Schwanert, die Naturalobligationen S. 123 ff.; v. Scheurl in der krit. Viertelj.-Schr. VI. S. 501 f. und Iherings Jahrbb. Bd. VII. S. 343 ff.; Becker, Jahrbuch des gemeinen Rechts Bd. IV. S. 395 f.; Kuntze zu Holzschuher 3. Aufl. S. 7; Cursus des röm. Rechts. 2. Aufl. I § 643. II. S. 542; die Obligationen im röm. und heutigen Recht. S. 202 Note 4; Windscheid, Pand. § 289 Note 1 a. E. (6. Aufl.); Baron, Pand. § 230 III. (7. Aufl.) Unbestimmt Pernice, Labeo I. S. 404/5 und 414 f.; Zweifelnd Dernburg Pand. II § 5 No. 7 Note 13 und Hofmann, Entstehungsgründe der Obligation S. 31.

non sint debitae et quis simpliciter solverit, quas omnino non erat stipulatus, imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit, ut in sortem cedant. eidem autem rescripto ita subjicitur: Quod generaliter constitutum est prius in usuras nummum solutum accepto ferendum, ad eas usuras videtur pertinere, quas debitor exsolvere cogitur: et sicut ex pacti conventione datae repeti non possunt, ita proprio titulo non numeratae pro solutis ex arbitrio percipientis non habebuntur.

Hier wird zuerst der Fall unterstellt, dass ein Pfandgläubiger das Pfand verkauft und sich aus dem Erlöse bezahlt machen will. Es wird eine verzinsliche Schuld vorausgesetzt und angenommen, dass Zinsen theils durch Stipulation, theils durch pactum zugesagt waren. Von den letzteren heisst es, dass sie ein naturale debitum seien und eben deshalb werden sie geradezu als indebitae usurae den aus der Stipulation geschuldeten entgegengesetzt. Die Frage ist, ob der Gläubiger den Erlös aus dem Pfandverkaufe zur Befriedigung auch der naturaliter debitae usurae verwenden könne. Die Frage wird bejaht mit dem Beifügen, dass auch bei Ungleichheit der Summen beider Zinsarten die Vertheilung des Erlöses zu gleichen Hälften, nicht proportionell auf beide zu geschehen habe[1]).

In zweiter Linie wird die Frage aufgeworfen, wie es sich verhalte, wenn nur naturaliter usurae geschuldet waren, ein Pfand nicht bestellt war und der Schuldner nun eine zur Deckung von Kapital **und** usurae ex pacto nicht ausreichende Summe freiwillig zahlte. Diese Frage wird dahin beantwortet, dass alsdann die Zahlung aufs geschuldete Kapital anzurechnen sei. Als Grund der Entscheidung wird angegeben, dass ein auf die Fälle unzureichender Zahlung bei Mehrheit von Schulden an den nämlichen Gläubiger bezügliches Rescript von Severus und Caracalla vorschrieb: es solle die Zahlung zunächst auf die Zinsen nur dann angerechnet werden, wenn eine **klagbare** Zinsobligation bestehe (quas . . . exsolvere cogitur). Die nur ex pacto geschuldeten Zinsen könnten zwar, wenn gezahlt,

---

[1]) Was jedoch nur Sinn hat, wenn ein nicht einmal zur Deckung der gesammten Zinssumme ausreichender Erlös erzielt wurde.



nicht zurückgefordert werden; allein es stehe dem Empfänger einer Zahlung anderseits nicht frei, die Zahlung, wenn sie nicht ausdrücklich (proprio titulo) auf die Zinsen ex pacto erfolge, als auf dieselben geleistet zu behandeln.

Jedenfalls wird in dieser Stelle anerkannt, dass usurae ex pacto als usurae naturaliter debitae anzusehen seien, deren Rückgabe nicht verlangt werden könne, wenn sie gezahlt seien. Daraus wird denn nun das Vorhandensein einer naturalis obligatio auf Zinsen ex pacto geschlossen. Und wenn aus dem Zinspactum eine naturalis obligatio entstehe, das doch eine res alioquin odiosa sei, so müsse um so mehr aus anderen pacta eine naturalis obligatio entstehen[1]).

Die Entscheidung der l. 5 § 2 cit. wurde bestätigt durch l. 3 und 4 C. 4. 32; l. 22 C. eod. u. l. 11 § 3 D. 13. 7. l. 3: Severus et Antoninus Juliano Sergio. a. 200: Quamvis usurae fenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt, tamen ex pacti conventione solutae neque ut indebitae repetuntur neque in sortem accepto ferendae sunt.

L. 4: Idem Aproniae Honoratae sine die et consule: Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est, et rationem habet, cum pignora condicione pacti etiam usuris obstricta sint. § 1 Sed enim in causa de qua agis haec ratio cessat, si quidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit, postea autem, cum se debitor praestaturum maiores repromisit, non potest videri rata retentio pignoris, quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non convenerit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur.

l. 22 C. 4. 32. Diocletianus et Maximianus, sine die et consule: Pignoribus quidem intervenientibus usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt. verum hoc iure constituto, cum huiusmodi nullo interposito pacto tantum certae summae poenam praestari convenisse proponas, nec peti nec retineri quicquam amplius et ad pignoris solutionem urgueri te disciplina iuris perspicis.

L. 11 § 3 D. 13. 7: Ulpianus libro 28. ad edictum. Si

---

[1]) Donellus a. a. O. § 6; v. Savigny, Obl. Recht. I. S. 54 f. 56 f.; v. d. Pfordten a. a. O. S. 263.

in sortem dumtaxat vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est, locum habet pigneraticia. sive autem usurae in stipulatum sint deductae sive non, si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pigneraticia cessabit . . . . . .

In l. 3 C. cit sei die repetitio der ex pacto gezahlten Zinsen mit condictio indebiti für unzulässig erklärt, ein Merkmal der naturalis obligatio[1]), in l. 4 u. 22 C. eodem und in l. 11 § 3 D. cit. aber sei die Verpfändung für usurae ex pacto debitae als wirksam anerkannt, mithin eine naturalis obligatio ex pacto usurarum nothwendig vorausgesetzt[2]).

Allgemein finden manche Schriftsteller die obligatio naturalis ex pacto bestätigt in folgenden Stellen:

1) l. 7 § 4 D. 2. 14: Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

2) l. 94 § 3 D. 46. 3: Cum Titius Gaio Sejo deberet ex causa fideicommissi certam quantitatem et tantandem eidem ex alia causa, quae peti quidem non poterat, ex solutione autem petitionem non praestat, Titii servus actor absente domino solvit eam summam, quae efficeret ad quantitatem unius debiti cautumque est ei solutum ex universo credito: quaero, id quod solutum est in quam causam acceptum videtur: respondi, si quidem Titio Sejus ita cavisset, ut sibi solutum ex universo credito significaret, crediti appellatio solam fideicommissi pecuniam demonstrare videtur, non eam quae petitionem quidem non habet, solutione autem facta repeti non potest. cum vero servus Titii actor absente domino pecuniam solverit, ne dominium quidem nummorum in eam speciem obligationis, quae habuit auxilium exceptionis, translatum foret, si ex ea causa solutio facta proponeretur, quia non est vero simile dominum ad eam speciem solvendis pecuniis servum praeposuisse, quae solvi non debuerunt . . . . . .

---

[1]) Donellus a. a. O.; v. Savigny a. a. O. S. 55 Note g; Büchel a. a. O. S. 61. — [2]) v. Savigny a. a. O. Note h; Schmidt von Ilmenau in Richters krit. Jahrbüchern Bd. 21. S. 29.



3) l. 84 § 1 D. 50. 17: Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.

4) l. 1 p. D. 2. 14: Hujus edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?.

5) l. 95 § 4 D. 46. 3: Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur: ideoque fidejussor quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.

Donellus[1]) versteht den Satz der l. 7 § 4 D. 2. 14: „ideo nuda pactio obligationem non parit" in dem Sinne, dass das pactum diejenige obligatio nicht erzeuge, quae proprie ita dicitur, eam scilicet, quae jure actionem parit; er hält den weiteren Satz: sed parit exceptionem für einen ausdrücklichen Beleg der naturalis obligatio. Denn damit sei gemeint, dass der naturalis creditor gegen die condictio des irrthümlich zahlenden naturalis debitor die exceptio pacti vel doli mali habe und sei dies der Fall, so müsse der solutio eine naturalis obligatio zu Grunde gelegen sein nach l. 10 D. 44. 7 und l. 19 p. D. 12. 6[2]). v. Savigny hingegen will auf l. 7 § 4 cit. kein besonderes Gewicht legen, weil exceptio nicht der bezeichnende Ausdruck für die positiven Wirkungen der naturalis obligatio sei und weil parit exceptionem zunächst das pactum de non petendo bezeichnen könne[3]), während wiederum Büchel[4]) für die Auffassung des Donellus einen weiteren Stützpunkt in l. 94 § 3 D. cit. erblickt. Die Stelle soll den Gedanken zum Ausdruck bringen: die active Bedeutung der naturalis obligatio liege darin, dass sie zwar petitionem non habet, habet autem auxilium exceptionis, die passive Bedeutung darin, dass sie necessitatem solvendi non habet, ex solutione autem repetitionem non praebet[4]).

Auf l. 84 § 1 D. 50. 17 beruft sich bereits v. d. Pfordten[5]).

---

[1]) A. a. O. §§ 6 u. 7. — [2]) So auch Weber a. a. O. S. 345; Francke a. a. O.; Reinhardt a. a. O.; Thibaut a. a. O.; Büchel a. a. O. S. 65; Schmidt v. Ilmenau a. a. O. S. 28; v. d. Pfordten a. a. O. S. 263 u. 266; Böcking a. a. O. — [3]) v. Savigny a. a. O. S. 54 Note d. — [4]) A. a. O. S. 63, ebenso v. d. Pfordten a. a. O. S. 264. — [5]) A. a. S. 264.

v. Savigny[1]) erblickt in den Worten „cuius fidem secuti sumus“ gerade den Fall, dass sich die Parteien dem formlosen Vertrage anvertrauen und für diesen Fall werde hier das „natura debet“ angenommen[2]). Von l. 1 pr. D. 2. 14 aber meint v. Savigny[3]), deutlicher als hier könne nicht gesagt werden, dass das jus gentium dem formlosen Vertrage verbindliche Kraft beilege. Auch l. 95 § 4 D. cit. bezeugt nach v. Savigny[4]) ausdrücklich, dass das formlose pactum vinculo aequitatis sustinetur, „also gewiss durch das jus gentium“.

6) l. 27 § 2 D. 2. 14: Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso jure sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur .... cf. Gaius IV. 126[5]).

7) l. 52 §§ 1. 2. D. 2. 14: Si inter debitorem et eum qui fundum pigneratum a creditore quasi debitoris negotium gereret emerit, placuit, ut habita compensatione fructuum solutoque quod reliquum deberetur, fundus debitori restitueretur: etiam heres pacto quod defunctus fecit, fidem praestare debet. — Pactum, ut si quas summas propter tributiones praedii pignori nexi factas creditor solvisset, a debitore reciperet, et ut tributa eiusdem praedii debitor penderet, iustum ideoque servandum est[6]).

8) l. 7 § 5 D. 2. 14: Quin immo interdum format (scil. nuda pactio) ipsam actionem, ut in bonae fidei judiciis .... si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt: si ex intervallo, non inerunt nec valebunt, si agat (actor), ne ex pacto actio nascatur. ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim, hoc non valebit ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit, et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto actio nascatur ..... sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones[7]).

---

[1]) A. a. O. S. 54 Note d. — [2]) Zustimmend Keller a. a. O. — [3]) A. a. O. S. 54 Note d. — [4]) Ebenda. — [5]) v. d. Pfordten a. a. O. — [6]) v. d. Pfordten a. a. O. — [7]) Weber a. a. O. S. 345 Anm. 1.



9) l. 45 D. 2. 14: Divisionis placitum nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit [1]).

10) l. 7 § 7 D. 14 Ait praetor: Pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebis scita, senatusconsulta decreta edicta principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo [2]).

11) 41 D. 2. 14: „Intra illum diem debiti partem mihi si solveris, acceptum tibi residuum feram et te liberabo." licet actionem non habet, pacti tamen exceptionem competere debitori constitit [3]).

12) l. 27 §§ 6—8 D. 2. 14: Sed si stipulatus decem aut Stichum de decem pactus sim et petam Stichum aut decem: exceptionem pacti conventi in totum obstaturam . . . sed si id actum inter nos sit, ne decem mihi sed Stichus praestetur, possum efficaciter de Sticho agere, nulla exceptione opponenda . . . . (§ 6).

Sed si generaliter mihi hominem debeas et paciscar, ne Stichum petam: Stichum quidem petendo pacti exceptio mihi opponetur (§ 7).

Item si pactus, ne hereditatem peterem, singulas res ut heres petam, ex eo quod pactum erit, pacti conventi exceptio aptanda erit (§ 8) [4]).

13) l. 6 D. 16. 2: Etiam quod natura debetur venit in compensationen [5]).

14) §§ 3 u. 9 I. 4. 13: . . . . sed quia iniquum est contra pactionem eum damnari, defenditur exceptione pacti conventi (§ 3). Perpetuae ac peremtoriae sunt, quae semper agentibus obstant, ... qualis est exceptio . . . . . pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur [6]).

15) l. 15 D. 19. 5. . . . . Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium hoc est, ut si indicasset, adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus an possit agere? Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri sed habet in

---

[1]) Weber a. a. O. — [2]) Weber a. a. O. — [3]) Weber a. a. O. — [4]) Weber a. a. O. — [5]) Weber a. a. O. — [6]) Weber a. a. O.



se negotium aliquod, ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis [1]).

16) l. 7 C. 2. 3: . . . pacti conventionisque fides servanda est. quae si non servatur, ex stipulatu si modo pacto subjecta est, actio dabitur [2]).

17) 8 C. 2. 3: Si pascenda pecora partiaria (id est, ut fetus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur) Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto praestare per iudicem compelletur [3]).

18) 10 C. 2. 3: Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet. nec obesse tibi potuit, quod solet, ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc jure utimur cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio [4]).

19) 27 C. 4. 55: Si tibi quae pro colonis conducti praedii prorogasti dominus fundi stipulanti dare spopondit, competens iudex reddi tibi iubebit. nam si conventio placiti fine stetit, ex nudo pacto actionem iure nostro nasci non potuisse [5]).

20) Paulus, sent. II. 14. 1: Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti: ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur [6]).

21) Paulus sent. I. 1. 1: De his rebus pacisci possumus de quibus transigere licet; ex his enim pacti obligatio solummodo nascitur [7]).

Aus l. 27 § 2 D. 2. 14 (No. 6), 52 §§ 1 u. 2 D. eod. (No. 7), 7 u. 8 C. 2. 3 (No. 16 u. 17) wird von v. d. Pfordten abgeleitet, dass die exceptio pacti, von welcher in l. 7 § 4 D. 2. 14 (No. 1) die Rede ist, nicht auf das pactum de non petendo beschränkt werden dürfe, sondern auch das constitutive pactum mit umfasse. Das Gleiche will Weber aus l. 7 § 5; 45 D. 2. 14; 15 D. 19. 5; 10 C. 2. 3; 27 C. 4. 55; Paul. sent. II. 14. 1 (No. 8, 9, 15, 18, 19, 20), sowie aus l. 7 § 7 D. 2. 14; 41 D. cod.; 27 §§ 6—8 eod.; 6 D. 16. 2; §§ 3 u. 9 I. 4. 13 (No. 10—14) erweisen; in Paulus sent.

---

[1]) Weber a. a. O. — [2]) v. d. Pfordten a. a. O. — [3]) v. d. Pfordten a. a. O. — [4]) Weber a. a. O. — [5]) Weber a. a. O. — [6]) Weber a. a. O. [7]) v. d. Pfordten, de obl. civ. in nat. transitu p. 11 n. r.



l. 1 § 1 endlich (No. 21) findet v. d. Pfordten[1]) die Anerkennung einer pacti obligatio ausdrücklich bezeugt.

Von all diesen Quellenzeugnissen kann entscheidendes Gewicht nur der l. 5 § 2 D. 46. 3 (oben S. 328); l. 3 u. 4 C. 4. 32; l. 22 C. eod. u. l. 11 § 3 D. 13. 7 (oben S. 330 f.) beigelegt werden.

Was zunächst l. 5 § 2 D. 46. 3 betrifft, so lässt sich allerdings nicht mit Erfolg bestreiten, dass hier eine naturalis obligatio ex pacto usurarum anerkannt ist. Auch Brinz[2]), Schlesinger[3]) und Girtanner[4]), welche grundsätzlich die Möglichkeit der Entstehung einer naturalis obligatio ex pacto leugnen, geben dies zu. Diese Schriftsteller lehnen nur die Verallgemeinerung ab, indem sie für die naturalis obligatio ex pacto usurarum besondere, in anderen Fällen des pactum nicht zutreffende Gründe für die Anerkennung einer naturalis obligatio unterstellen. Schon Unterholzner[5]) führt die Billigkeit als Grund der regelwidrigen Behandlung des pactum usurarum an, womit freilich wenig erklärt war. Brinz führt die Ausnahme auf den Nebenvertragscharakter dieses pactum zurück. Allerdings habe dieses pactum wohl zuerst nur die Wirkung einer exceptio gehabt gegenüber der actio pigneraticia in personam directa, an dieser befreienden Wirkung aber möge sich die Vorstellung von einer naturalis obligatio entwickelt haben. Girtanner sieht den Grund der Ausnahme darin, dass es beim Zinspactum nicht an einer causa der Zinsleistung fehle. Denn der Gläubiger habe den Genuss der sors, der Schuldner als Aequivalent die Zinsen geleistet: Stehenlassen des Capitals gegen Zinszahlung sei Inhalt der conventio gewesen; da man aber anderseits doch das initium contractus habe entscheiden lassen, so sei Klagbarkeit diesem pactum nicht verliehen worden.

Schwanert[6]) hat die Begründung Girtanners für bedenklich erklärt; sein Bedenken muss getheilt werden nicht bloss deshalb, weil in unserer Stelle ganz allgemein gesagt wird, dass die usurae ex pacto naturaliter debebantur, mithin das

[1]) An dem Note 40 a. O. — [2]) Krit. Bl. a. a. O. S. 21. — [3]) Zur Lehre von den Formalcontracten S. 91. — [4]) Die Stipulation S. 401 Anm. 318 u. S. 415; vgl. auch Scheurl in der Krit. Viertelj.-Schr. Bd. VI S. 502. — [5]) A. a. O. Bd. I § 23. — [6]) A. a. O. S. 149 Anm. 39.

pactum als Grund des naturaliter deberi angeführt wird, ohne dass irgendwie auf das Objekt des pactum Gewicht gelegt wäre, sondern auch deshalb, weil das Stehenlassen des Capitals ohne jedes Aequivalent durch pactum de non petendo in tempus verabredet werden und einem bereits abgeschlossenen pactum dieser Art ein pactum usurarium doch noch hinzutreten kann. Ueberdies würde Girtanners Gedanke geradewegs zur Klagbarkeit des pactum usurarium führen, also über das Ziel hinausschiessen. Denn dass man doch wieder auf das initium contractus gesehen habe, ist eine ganz willkürliche Beweisführung. Ist nämlich das Stehenlassen der sors in der That als Vorleistung aufzufassen, als facere ut detur, so ist es auch eine von dem contractus mutui ganz unabhängige Leistung, ein negotium bona fide gestum, bezüglich dessen sich nicht erklären liesse, weshalb es nicht zur Begründung der actio praescriptis verbis hätte genügen sollen. Dass eine solche nicht entstand, zeigt, dass in dem Stehenlassen des Capitals eine neuerliche Leistung nicht zu erblicken war.

Aber auch aus der liberatorischen Wirkung des pactum kann sich die naturalis obligatio des Zinspactum nicht, wie Brinz meint, entwickelt haben. Denn diese Wirkung kam eben dem liberatorischen, nicht dem obligatorischen Pactum zu, wenn man nicht an die Compensationswirkung denken will, die wiederum die anfängliche Anerkennung der naturalis obligatio ex pacto voraussetzen würde. Zudem ist nicht wohl anzunehmen, dass sich aus dem Gedanken, man könne im Zinspactum ein pactum de non petendo pignore unter der Bedingung, dass Zinsen nicht bezahlt würden, erblicken, die obligirende Wirkung des Zinspactum entwickelt habe, da ja jene Annahme den ganz speciellen Fall unterstellt, wo für das Darlehen ein Pfand haftet.

Richtig ist allerdings, dass das Zinspactum eine Hauptschuld voraussetzt und sich hiedurch von anderen pacta unterscheidet. Wäre in l. 5 § 2 cit. auch nur ein entfernter Hinweis auf diese Eigenthümlichkeit des Zinspactum enthalten, so liesse sich aus dieser Stelle ein über das Zinspactum hinausgehender Schluss nicht rechtfertigen. Da solches jedoch nicht der Fall ist, so liegt der Schluss jedenfalls sehr nahe. Will man aber auch denselben nicht für zulässig halten, so sollte

man doch einräumen, dass eine naturalis obligatio ex pacto usurarum bezeugt ist. Auch dies wird von Holtius, Schwanert und Kuntze geleugnet. Freilich können sie nicht bestreiten, dass in l. 5 cit. von einem naturaliter debere ex pacto usurarum die Rede sei. Allein naturaliter debere bedeutet ihnen nicht nothwendig die naturalis obligatio. Sie unterscheiden ein naturaliter debere ohne obligatorische causa von der obligatio naturalis. Die letztere ist ihnen stets die Folge eines rechtsgültigen Obligationsactes, einer causa obligandi, welcher jedoch ein die Erzeugung der actio ausschliessendes besonderes Hinderniss entgegensteht. Jenes erstere naturaliter debere bezeichne dagegen „Pflichten, die solche nach anderen als rechtlichen „Grundsätzen sind und daher auch im Rechte jeder positiven „Anerkennung entbehren, im Rechte höchstens insoferne in „Betracht kommen, als das Recht seine Behauptung der Nicht„existenz eines debiti nicht geltend macht gegenüber der ohne „sein Zuthun geschehenen Erfüllung desselben." Dahin rechnen sie das naturale debitum der Leistung von operae officiales Seitens des libertus an den Patron, das naturale debitum ex pacto, das naturale debitum ad remunerandum gegenüber dem Schenker und das der Frau zur Bestellung einer dos.

Es würde über den Rahmen dieser Betrachtung hinausgehen, wollte sie zu einer Untersuchung des Wesens und der Geschichte der Naturalobligation sich ausdehnen. Doch kann eine doppelte Bemerkung nicht zurückgehalten werden. Zuerst nämlich scheinen uns Pflichten, die für das Recht überhaupt in Betracht kommen, sei es auch nur insoferne als es ihrer freiwilligen Erfüllung gegenüber seine Behauptung der Nichtexistenz eines debitum nicht geltend macht, der positiven Anerkennung im Rechte nicht zu entbehren, sondern dieselbe in dem angegebenen Umfange zu geniessen. Eben deshalb aber muss das genannte debitum ad remunerandum von den übrigen erwähnten Fällen der naturalia debita völlig ausgeschieden werden, obwohl gerade hiefür einmal die Wendung ad remunerandum sibi aliquem obligare vorkommt[1]); denn es handelt sich überall da, wo von einem naturale debitum ad

[1]) L. 25 § 11 D. 5. 3.

remunerandum gesprochen wird, um eine Rechtspflicht nach keiner Richtung.

Zum Zweiten aber kann man sehr wohl zugeben, dass die naturalis obligatio eine causa obligandi erfordert, ohne dass man genöthigt wäre, in dem naturale debitum des libertus und in dem der Frau zur Dosbestellung eine solche causa zu vermissen. Denn causae obligandi sind nach römischem Rechte nicht bloss Contracte und Delicte, sondern auch variae causarum figurae, für die es keinen gemeinsamen principiellen Gesichtspunkt giebt. Weshalb sollte nicht die Freilassung oder die Eingehung der Ehe zu diesen mehr oder minder willkürlichen variae causarum figurae zählen können? Dass freilich die causa ohne das Hinderniss des concreten Falles eine actio erzeugen musste, wäre ein Kriterium der naturalis obligatio, welches in den beiden besprochenen Fällen nicht zuträfe; allein dass nur bei Existenz eines derartigen Hindernisses von naturalis obligatio die Rede sein könne, und insbesondere, dass irgend ein theoretisches oder practisches Bedürfniss bestehe, diese Fälle als obligationes naturales von den naturalia debita zu unterscheiden, ist trotz der Ausführungen von Holtius, Brinz, Schwanert und ihren Nachfolgern nicht erwiesen geschweige denn in der Literatur anerkannt und mit Recht scheint mir Hofmann [1]) auf die Schwierigkeit des Streitens über das Gebiet der Naturalobligation hinzuweisen, so lange sie nicht ein Begriff von feststehendem Inhalt ist [2]).

Aber selbst wenn sich mit Schwanert unterscheiden liesse, so müsste doch behauptet werden, dass das naturale debitum ex pacto usurarum nicht lediglich die Bedeutung des Ausschlusses einer condictio indebiti habe. Denn die weiter angeführten Stellen liefern den Beweis, dass dieses naturale debitum auch die Grundlage einer giltigen Pfandbestellung bildet. Könnte man auch annehmen, dass in l. 5 § 2 D. cit. selbst nur eine Pfandbestellung für die daselbst erwähnten stipulirten Zinsen gemeint sei [3]), so würde doch dieser Ein-

---

[1]) Die Entstehungsgründe der Obligationen S. 31. — [2]) Vgl. auch Arndts, Pand. § 217 Anm. 7; Dernburg, Pand. 2. Aufl. Bd. II §§ 4 u. 5. — [3]) Womit schwer vereinbar ist, dass der Gläubiger auch für die pactirten Zinsen aus dem Erlöse sich wider Willen des debitor bezahlt machen darf. cf. Schwanert selbst S. 140 Note 33.



wand sich nicht gegen l. 11 § 3 D. 13. 7 (s. oben S. 330 f.) erheben lassen. Denn gesetzt auch, es wäre hier eine Pfandbestellung für usurae ex pacto nur mit der Wirkung anerkannt, das Pfand bis zur Zahlung der usurae ex pacto debitae zu retiniren und also ohne die Wirkung der actio hypothecaria und des jus distrahendi [1]), so läge doch immerhin eine Pfandbestellung vor, die ohne obligatio nicht möglich wäre. Allein eine derartig beschränkte Wirkung der Pfandbestellung ist in unserer Stelle mit keiner Silbe angedeutet. Sie bedient sich im Gegentheil jener technischen Fassung, mit der auch sonst die Begründung eines vollwirksamen Pfandrechts ausgedrückt wird: pignus obligatum est (cf. Tit. Dig. 20. 1) [2]). Wenn aber die Wirkung des Pfandes nur mit Rücksicht auf die Retention des Pfandes untersucht wird, so liegt der Grund einfach darin, dass die Stelle im Titel de actione pigneraticia lediglich den Zweck verfolgt, die Voraussetzungen dieser Klage zu erörtern. So wenig beispielsweise in l. 9 § 4 D. 13. 7 lediglich ein Retentionsrecht angenommen werden darf, weil die Zahlung als Voraussetzung der actio pigneraticia angeführt wird, ebensowenig geht dies in l. 11 § 3 D. cit. an [3]).

Aus gleichem Grunde darf l. 4 C. 4. 32 (oben S. 330) nicht zum Beweise dafür verwendet werden, dass wegen einer Zinsschuld ex pacto das für dieselbe haftende Pfand nur retinirt werden könnte, obwohl auch dann noch eine Pfandbestellung mit beschränkter Wirkung für usurae naturaliter ex pacto debitae übrig bliebe. L. 4. cit. will als Rescript die Anfrage beantworten, ob wegen solcher usurae retentio pignoris zulässig sei. Es lag kein Anlass vor, darüber zu entscheiden, ob das

---

[1]) Schwanert a. a. O. S. 144. — [2]) Vgl. wegen obstrictum est l. 2 C. 9. 34 und Scheurl, krit. Viertelj.-Schr. Bd. VI. S. 502. — [3]) Man beachte ferner, dass l. 11 § 3 aus Ulpianus libro 28. ad edictum entnommen ist, mithin demselben Werke, dem l. 9 entstammt, in welcher Ulpian sichtlich den Gedanken entwickeln will, dass die ganze Pfandschuld getilgt sein müsse, damit das Pfand frei werde (l. 9 § 3), so dass l. 11 § 3 in Ausführung dieses Gedankens nur hervorheben will, dass zur Pfandschuld auch die Zinsschuld gehört ohne Unterschied zwischen stipulirten und pactirten Zinsen. Nimmt man dazu l. 8 § 5: . . . pignus . . . non solum ob sortem venire poterit, sed ob cetera quoque veluti usuras . . . ., so scheint es doch ganz willkürlich, das jus vendendi auf stipulirte Zinsen beschränken zu wollen.

Pfand, wenn es retinirt werden durfte, auch distrahirt werden konnte; das war vom Standpunkte der Compilation selbstverständlich[1]), cum pignora conventione pacti etiam usuris obstricta sunt. Trotz Bejahung der gestellten Frage erklärt das Rescript die retentio pignoris im concreten Falle für unzulässig, weil der Pfandcontract sich nicht auf die jetzt allein noch geschuldeten, später versprochenen, höheren Zinsen bezogen habe. Dass die Entscheidung kein Gewicht auf die Frage legen wollte, ob die Zinsen durch pactum oder durch stipulatio versprochen waren, ergiebt sich aus der Unterstellung von stipulirten Zinsen im eigentlich dispositiven Theile der Stelle (cum se debitor praestaturum majores repromisit). Schon deshalb kann nicht angenommen werden, dass vom Standpunkte der justinianischen Dogmatik aus nur ein Retentionsrecht am Pfande wegen unbezahlter Zinsen bejaht werden wollte.

Ob die Worte merito constitutum est die Entscheidung im ersten Theile der Stelle auf eine kaiserliche Constitution gründen wollen, wie Schwanert annimmt, ist keineswegs ausgemacht. Constitutum est kann, wie Dirksen s. v. constituere ersehen lässt, sehr wohl bedeuten: es ist Rechtens geworden, ist eingeführt worden, aber auch: es ist entschieden worden. Letztere Bedeutung der Worte würde zu der Annahme führen, dass die Kaiser als Appellationsinstanz das Rescript erlassen hätten. Wie dem auch sei, der Sinn der Constitution im ganzen ist folgender: Das für eine Capital- und eine Zinsschuld bestellte Pfand kann vom Gläubiger nach Zahlung der ersteren retinirt werden, mögen die Zinsen auch nicht stipulirt worden sein. Aber in dem vorliegenden Falle findet eine Berufung auf diesen Satz in wirksamer Weise nicht statt, weil es sich zwar um stipulirte Zinsen handelt, der Pfandvertrag aber auf dieselben sich nicht bezog.

In l. 22 C. 4. 32 (oben S. 330) ist zuvörderst ausge-

---

[1]) Vom Standpunkte der rescribirenden Kaiser mochte vielleicht wirklich nur die Retention zugelassen werden sollen. Denn ihre Regierungszeit war gerade die Periode, in der sich erst der Rechtssatz von dem jus distrahendi pignoris ohne pactum distrahendi ausgebildet hat. Die Constitution könnte daher einer Zeit angehören, in der diese Entwicklung noch nicht vollendet war.

sprochen, nicht dass eine Retention des Pfandes wegen bloss pactirter Zinsen stattfinde, wie wiederum Schwanert[1]) annimmt, sondern dass die pactirten Zinsen pignoribus intervenientibus retinirt werden können d. h. nicht dass sie durch Rentention des Pfandes erlangt werden können[2]), sondern dass sie selbst aus dem Erlöse des Pfandes zurückbehalten werden dürfen. Im zweiten Theile wird dagegen jede Pfandhaftung für eine Conventionalstrafe abgelehnt, cum hujusmodi nullo interposito pacto tantummodo convenisse proponas. Der Entscheidungsgrund liegt somit hier in dem Fehlen eines hujusmodi pactum. Das kann nicht sein ein obigatorisches pactum; denn ein solches wäre ja in der Poenalconvention vorhanden; es bleibt nichts übrig, als das pactum hypothecae, welches auch mit dem erstmaligen pacto gemeint sein muss. Dadurch gewinnt auch der ganze Inhalt der Stelle vollkommenen Zusammenhang. Sie sagt alsdann: Zwar kann man Zinsen ohne Stipulation nicht einklagen; aber man kann sie, wenn Pfänder bestellt sind, auf Grund des pactum hypothecae durch Retention des Erlöses erhalten. Wenn jedoch für ein Strafpactum ein Pfandvertrag nicht in Mitte liegt, so kann weder geklagt noch etwas weiteres (scil. ausser dem Betrag der Hauptforderung) zurückbehalten werden und du siehst ein, dass du das für die Hauptforderung haftende Pfand zurückzugeben mit Recht gezwungen wirst d. h. dass du nicht berechtigt bist, das Pfand wegen der Conventionalstrafe zu veräussern und aus dem Erlöse ihren Betrag zurückzuhalten.

Sollte aber die Stelle in ihrem ersten Theile so zu verstehen sein, dass der Zinsenanspruch ex pacto durch Retention des Pfandes geltend gemacht werden könne, so würde auch daraus nicht folgen, dass das Pfandrecht auf Retention beschränkt sei. Denn man hat auch hier ein Rescript vor sich erlassen auf die Anfrage, ob für das debitum aus einem Strafpactum das wegen der Hauptschuld haftende Pfand nach Tilgung derselben ebenso zurückbehalten werden könne, wie für das debitum aus einem Zinspactum das wegen der Capitalschuld gegebene Pfand nach Tilgung der letzteren. Die Antwort

---

[1]) A. a. O. S. 146. — [2]) Wenn gleich die Basiliken XXIII. 3 c. 70 von dieser Auffassung ausgehen.

der Kaiser lautete: Auch für die pactirte Zinsschuld haftet das Pfand nach Tilgung der Capitalschuld nur, wenn es für die Zinsschuld mit bestellt wurde. Wo aber, wie im vorgelegten Falle die Verpfändung für die pactirte Conventionalstrafe nicht stattgefunden hat, kann auch eine Pfandhaftung nicht Platz greifen. Mithin steht dem Gläubiger aus dem Strafpactum keinerlei Zwang gegen die Schuldner zu; denn eine actio ex pacto ist ohnehin ausgeschlossen. Die actio pigneraticia auf Rückgabe des Pfandes ist für den Schuldner begründet.

Ob und welche Beweiskraft der l. 21 C. 4. 32 für oder gegen die naturalis obligatio ex pacto usurarum zukomme, scheint mir sehr zweifelhaft. Diese von Schwanert [1]) in die Erörterung gezogene Stelle lautet:

Impp. Diocletianus et Maximianus Chresimoni: Si usuras praestari pignore dato convenerat et in continenti, numeratione facta, postea vel ante, propter quod debitum solutionem feceras, non designasti, habuit creditor in usuras tibi acceptoferendae solutae quantitatis facultatem.

Vor allem ist fraglich, ob eine Zinsstipulation oder ein pactum de praestandis usuris anzunehmen sei.

Schwanert hält letzteres für geboten, weil bei stipulirten Zinsen schon nach der allgemeinen Regel Anrechnung des Gezahlten zuerst auf die Zinsschuld stattfinden müsse, wenn nichts anderes bestimmt wurde. Dieser Grund ist jedoch nicht ausschlaggebend, da nichts der Annahme im Wege steht, dass die Kaiser eben diese Regel zur Anwendung bringen wollten. In dem Basilikentexte [2]) wird daher schlechthin von einem debitor sortis et usurarum gesprochen; erst *κατὰ πόδας* findet sich die Erläuterung: ponit usuras ex pacto debitas. Wäre dies richtig, so bedürfe es der künstlichen Interpretation Schwanerts zur Vermeidung eines Widerspruchs gegenüber l. 5 § 2 D. 46. 3 keineswegs. Schwanert geht von der Voraussetzung aus, es sei laut l. 5 § 2. cit. die Regel, dass gezahlte usurae ex pacto, falls der Schuldner bei der Zahlung keine Bestimmung trifft, auf das Capital anzurechnen wären. Die nach seiner Meinung von der Regel abweichende Entscheidung in l. 21 könne nur darin begründet sein, dass die

[1]) A. a. O. S. 146. — [2]) Bas. XXIII. 3. 69.

unmittelbare (in continenti) Verbindung der Zahlung mit der datio pignoris als eine Bezugnahme auf die dabei erwähnte Zinsschuld gelten solle [1]).

Hiebei übersieht aber Schwanert, dass die Regel in l. 5 § 2 D. cit., wonach bei unzureichender Zahlung das Gezahlte aufs Capital und nicht auf die pactirten Zinsen angerechnet werden muss, die Nichtexistenz eines Pfandes für die Zinsen voraussetzt. Denn l. 5 § 2 unterscheidet das simpliciter solvere des Schuldners von dem pecuniam redigere distractis pignoribus, wie denn auch Schwanert selbst an anderer Stelle [2]) zugiebt, dass von der Bestimmung des Schuldners die solutio der usurae ex pacto dann unabhängig sei, wenn der Gläubiger ein Pfand habe und aus dessen Erlös sich bezahlt mache. Es lässt sich aber nicht absehen, weshalb es einen Unterschied machen sollte, ob das Pfand distrahirt und der Erlös vereinnahmt oder vom Schuldner zur Entlastung des Pfandes freiwillig gezahlt wird. Demnach stände l. 21 durchaus mit der Regel im Einklange auch bei Annahme eines Zinspactum. Auch die Worte in continenti finden ihre befriedigende Erklärung, wenn man sie nur richtig auf non designasti bezieht, also mit Krüger ein Komma hinter continenti setzt. Dann wird als Bedingung für die Wirksamkeit der Designation Seitens des zahlenden Schuldners aufgestellt, dass er numeratione facta sich postea vel ante in continenti erkläre, wie er die Zahlung verrechnet zu sehen wünscht. In jedem Falle würde l. 21 bei Unterstellung einer Pfandbestellung für pactirte Zinsen ein Beleg dafür sein, dass das Pfandrecht nicht bloss ein Retentionsrecht, sondern auch ein Dispositionsrecht über die Verwendung des Gezahlten gewährte.

Das Ergebniss dieser Quellenbetrachtung besteht also doch in der Nothwendigkeit anzuerkennen, dass die Pfandbestellung für usurae ex pacto debitae zugelassen war, woraus, wie auch

---

[1]) Schwanert denkt sich die unmittelbare Verbindung so, dass „ein Pfand gegeben und die Zahlung in continenti vor- oder nachher gemacht ist." Allein wenn dabei die Zinsschuld erwähnt wurde, so konnte doch nicht gesagt werden; si non designasti und wenn sie gar bezahlt wurde, so konnte unmöglich noch eine Wahl zwischen Aufrechnung auf Zins- oder Capitalschuld stattfinden. — [2]) S. 143 f.



Schwanert[1]) zugeben muss, der Schluss auf eine naturalis obligatio ex pacto usurarum geboten wäre. Daran kann nichts ändern, dass in l. 5 § 2 D. 46. 3 diese usurae u. a. auch usurae indebitae genannt werden und es geht nicht an, mit l. 26 pr. D. 12. 6 beweisen zu wollen, dass überhaupt usurae indebitae solutae nicht condicirt werden könnten. Denn sind usurae indebitae in l. 5 § 2 cit. = usurae naturaliter ex pacto debitae, so kann mit dem gleichen Rechte hehauptet werden, dass in l. 26 cit. unter den indebitae usurae nur usurae naturaliter debitae verstanden sind[2]). Dass aber in den angeführten kaiserlichen Rescripten die Pfandbestellung für usurae ex pacto durch Bezugnahme auf besondere Rechtsbestimmung motivirt sei, was überflüssig gewesen wäre, wenn das pactum usurarium eine Naturalobligation hervorbrächte[3]), trifft nicht zu. Denn merito constitutum und jure constituto in l. 4. u. 22 C. 4. 32 zeugen durchaus nicht für ein neues Constitutionenreht, wie oben schon dargelegt wurde, sondern können sehr wohl nur die Thatsache bekunden, dass die dort anerkannten Sätze Recht geworden sind. Damit fallen denn auch alle weiteren Schlussfolgerungen Schwanerts[4]) über den Inhalt des angeblich besonderen jus constitutum, der im Grunde nur die Exceptionswirkung des pactum anerkannt habe und nur insoferne über dieselbe hinausgegangen sei, als er die pigneraticia actio in personam ipso jure ausschloss, so lange die usurae ex pacto nicht bezahlt waren.

Nach alle dem kann auch l. 3 C. 4. 32 (oben S. 330) als Zeugniss für die naturalis obligatio ex pacto usurarum in Anspruch genommen werden. Denn sie bestätigt den Ausschluss der condictio indebiti wegen usurae ex pacto solutae und ihrer Anrechnung auf das Capital in demselben Sinne wie l. 5 § 2 D. 46. 3.

Nun führt Schwanert schliesslich als Argument gegen die naturalis obligatio ex pacto usurarum noch die l. un. C. 8. 27 an:

Imp. Gordianus A. Festo: Pignus intercidit, si novatione

---

[1]) A. a. O. S. 147. — [2]) Vgl. auch Dernburg, Pand. 2. Aufl. II §. Daneben Windscheid, Pand. § 289 Note 1 in der Mitte. — [3]) Schwanert a. a. O. S. 147. — [4]) A. a. O. S. 147—149.



facta in alium jus obligationis transtulisti nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est. § 1 Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneatur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem. Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restitucre propter exceptionem doli mali non cogeris. iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satis fecerint, quam mutuam simpliciter acceperint . . . . . a. 239.

Schwanert macht Angesichts dieses Gesetzes geltend:

a) Wenn das pactum usurarium wirklich eine obligatio naturalis erzeugt hätte, so hätte nach l. un. cit. die actio pigneraticia cessiren müssen, auch wenn das Pfand lediglich für die Capitalschuld bestellt war. Nun spreche aber l. 11 § 3 D. 13. 7 das gerade Gegentheil aus (oben S. 330 f.).

b) Unter der gleichen Voraussetzung müsste auch wegen der Zinsen, welche erst nach geschehener Verpfändung versprochen wären, die retentio pignoris stattfinden im Widerspruche mit l. 4 C. 4. 32.

c) In l. 22 C. 4. 32 müsste das letztgenannte pactum, auf welches das Pfand nicht mit bezogen worden, ebensogut wie das erste zu dieser Retention berechtigen.

Dagegen ist jedoch einzuwenden:

ad. a) Nach l. un. C. 8. 27 ist gegen die actio pigneraticia die exceptio doli begründet; in l. 11 § 3 D. 13. 7 dagegen heisst es: pigneraticia cessabit d. h. die Klage ist ipso jure unbegründet, weil eben die Pfandschuld nicht völlig getilgt ist[1]).

ad. b) Dieses Argument überschiesst sein Ziel; denn die später versprochenen Zinsen wären usurae repromissae, nicht usurae ex pacto. Demnach muss die um etwa 39 Jahre ältere l. 4 C. 4. 32 im Zusammenhalte mit l. un. C. cit.

---

[1]) Vgl. auch Schenk, die Lehre vom Retentionsrecht S. 245 ff.

historisch vereinigt werden, was durchaus nicht als problematischer Nothbehelf angesehen werden darf.

ad. c) Die historische Auslegung ist hier unmöglich; denn l. 22 C. 4. 32 ist jünger als l. un. cit. Für zu schlicht erachte ich auch die Erklärung Dernburgs[1]), der wegen mangelnder Zinsschuld und Vangerows[2]), der wegen mangelnder Schuld überhaupt die Retention für ausgeschlossen hält. Sagt doch das Rescript mit aller Deutlichkeit, dass certae summae poenam praestari convenisse und dass für die Hauptschuld Pfänder bestellt waren, während nach l. un. C. auch wegen derjenigen debita Retention stattfindet, für welche die Pfänder nicht bestellt waren. Nimmt man nun an, dass die pactirte Strafe ein debitum war, wie die pactirten usurae, so konnte zwar nicht eine retentio auf Grund der (für die poena nicht geschehenen) Verpfändung, wohl aber gemäss Gordians Constitution als zulässig erklärt werden. Für die Ablehnung der Retention in l. 22 cit. muss daher allerdings ein besonderer Grund vorgelegen haben. Nach meiner Meinung liegt derselbe in der Gordianischen Constitution selbst. Wie man nämlich auch über ihren Umfang denken mag[3]), so steht doch fest, dass eine Billigkeitsrücksicht zu Grunde liegt (exceptio doli). Der Pfandgläubiger, der gegen denselben Schuldner noch weitere Forderungen ausser der Pfandforderung hat, soll nicht restituiren müssen, ohne dass diese anderen Forderungen gedeckt sind, falls in dem Verlangen der Pfandrestitution ohnedies ein dolus des Pfandschuldners liegen würde. In l. 22 C. wird angenommen, dass eine poena pactirt war für den Fall der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung der Obligation, dass für letztere ein Pfand haftete, nicht aber für die pactirte Strafe und dass nach Verfall der pactirten Strafe[4]) erst die Obligation erfüllt wurde. In solchem Falle lag ein dolus des Pfandschuldners nicht im Begehren der Restitution ohne

[1]) Pfandrecht I S. 557 Note 15. — [2]) Pand. I S. 864. — [3]) cf. Vangerow a. a. O. S. 864 f. — [4]) Zu der Annahme, dass poena verfallen war, nöthigt der Umstand, dass das Gesetz die retentio pignoris abweist, weil es für die Strafe nicht bestellt war. Wäre die Strafe gar nicht verfallen, so konnte auch bei Pfandbestellung für die Strafe selbstverständlich keine retentio stattfinden, da dann die Forderung für das Pfand gefehlt hätte.



Zahlung der noch dazu unklagbaren poena; im Gegentheil handelte es sich hier um ein Verlangen des Gläubigers, durch die poena sich auf Kosten des Schuldners zu bereichern[1]).

Aus dem Quellenmaterial, welches nicht speciell von dem pactum usurarium handelt, hat man zuweilen der Stelle von Paulus rec. sent. I. 1. 1. eine grosse Bedeutung beigelegt (oben S. 335 No. 21), während sie andere für corrumpirt halten, insonderheit anstatt pacti obligatio pacti exceptio als allein möglichen Text erachten[2]). Für die Annahme einer Corruption der Stelle scheinen mir genügende Gründe nicht zu bestehen. Die Gleichstellung des pactum mit der transactio legt zwar den Gedanken an die exceptio pacti de non petendo nahe, allein sie schliesst die obligatio pacti nicht aus; auch das enim der Stelle erklärt sich nicht besser[3]), wenn man exceptio statt obligatio setzt. Immerhin kann der Ausdruck pacti obligatio lediglich die Gebundenheit bedeuten, welche durch das pactum eintritt und es steht bei dieser Bedeutung dahin, wie die Gebundenheit wirkt d. h. ob die Wirkung über die Erzeugung einer exceptio hinausgeht oder nicht[4]).

Weit mehr ins Gewicht zu fallen scheinen mir jene Quellenstellen, welche betonen, dass das pactum zwar keine actio, wohl aber eine exceptio erzeuge (oben No. 1; 6—20). Denn wenn auch exceptio nicht der charakteristische Ausdruck für naturalis obligatio ist, so lässt sich doch anderseits nicht verkennen, dass zur Ablehnung der Meinung, das pactum de non petendo begründe keine actio, keinerlei Anlass bestand. Auf diesen Gedanken konnte ohnehin Niemand verfallen. Wenn daher wiederholt die Entstehung der actio ex pacto geleugnet, die der exceptio constatirt wird, so kann damit,

---

[1]) Vgl. auch Langfeld, die Lehre vom Retentionsrecht S. 76 f. — [2]) Vgl. Brinz a. a. O. S. 23 Anm. 34; Holtius a. a. O. S. 13 f.; Schwanert a. a. O. S. 138 f. — [3]) Wie Schwanert meint. — [4]) Dass der weitere Satz „omne pactum posteriore pacto dissolvitur licet pariat exceptionem", wie er im Breviarium sich findet, der l. 27 § 2 D. 2. 14 nicht widerspricht, hat schon Schwanert a. a. O. S. 138 Note 28 gegen Holtius gezeigt. Durch die Ergänzung auf Grund der consultatio 4, 4 (cf. Paul. I. 1. 2 bei Huschke, jurispr.) wird dies ausser Zweifel gestellt.

soweit an das constitutive pactum gedacht wird, nur gemeint sein, dass seine Wirkung sich lediglich in der exceptio doli (nach neuerem Rechte exceptio compensationis) äussern könne[1]). Der dolus des Klägers liesse sich dann aber nur mit der Behauptung begründen, dass er fordere, obwohl er selbst schuldig sei d. h. mit der Bezugnahme auf eine zwar nicht mit actio verfolgbare, aber doch bestehende obligatio.

Wenn ich trotzdem auf diese Erscheinung kein entscheidendes Gewicht lege, so geschieht dies, weil die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass in den angezogenen Quellenzeugnissen die actio ex pacto geleugnet und daneben daran erinnert werden wollte, dass ein pactum als pactum de non petendo doch eine wichtige Wirkung, nämlich die einer exceptio haben könne.

Dieser Gedanke kann wohl auch der l. 7 § 5 in fine D. 2. 14 zu Grunde liegen (oben S. 333 No. 8)[2]).

Für völlig unerheblich müssen l. 84 § 1 D. 50. 17; l. 1 p. D. 2. 14 u. l. 95 § 4 D. 46. 3 angesehen werden (oben S. 331 f. No. 3—5). Die Gründe gegen die Beweiskraft dieser Stellen sind längst von anderen erschöpfend behandelt worden, so dass es genügt darauf zu verweisen[3]).

Das Gleiche endlich ist von l. 94 § 3 D. 46. 3 (oben S. 331 No. 2) zu sagen, auf welche sich Büchel[4]) und v. d. Pfordten[5]) berufen. Brinz[6]) hat mit Recht ausgeführt, dass die Worte: obligatio quae habet auxilium exceptionis anzeigen, dass es

---

[1]) Dabei ist es keineswegs nothwendig, mit Donellus und Späteren, an die Entgegenstellung der exceptio gegenüber der condictio indebiti zu denken, so dass die Ansicht, es sei die letztere ipso jure nicht begründet, ganz wohl mit unserer Meinung sich verträgt. — [2]) Hier wird dem Satze: locum non habebit (scil. pactum), ne ex pacto actio nascatur der andere entgegengestellt: sed ex parte rei locum habebit pactum, quia etc. Es erscheint unverständlich, wie Pernice, Labeo I. S. 414/15, die letzten Worte übersetzen konnte mit: theilweise (ex parte) habe das pactum die sonst allein der körperlichen Uebergabe der Sache zukommende Wirkung (rei locum), da sie doch im Gegensatz zu ne actio nascatur (i. e. ex parte actionis) locum non habet offenbar sagen wollen, ex parte rei (i. e. ut reo exceptio nascatur) locum habebit. — [3]) Holtius a. a. O. S. 3; Brinz a. a. O. S. 17 ff.; Schwanert a. a. O. S. 133. 134. 136. — [4]) A. a. O. S. 63. — [5]) A. a. O. S. 264. — [6]) A. a. O. S. 18 Note 26.

sich um eine obligatio handelt, welche deshalb nur noch naturalis obligatio war, weil der actio eine exceptio entgegenstand, welche eine naturalis obligatio übrig liess.

II.

Was an Gründen zur Bekämpfung der naturalis obligatio ex pacto angeführt wird, zerfällt in zwei Classen. Die eine umfasst Erwägungen allgemeiner Art, die andere einzelne Entscheidungen der Quellen, aus welchen sich die Unmöglichkeit der naturalis obligatio ex pacto ergeben soll. Zu den letzteren rechnet Holtius a. a. O. die l. 95 § 4 D. 46. 3 (oben S. 332 No. 5). Da dort das pactum als ipso jure wirkender Aufhebungsgrund gegenüber der naturalis obligatio erklärt sei, so müsste es auch die naturalis obligatio ex pacto ipso jure aufheben, wenn eine solche bestünde. Nun werde aber in l. 27 § 2 D. 2. 14 das Gegentheil bezeugt. Allein dagegen bemerkt Schwanert[1]) zutreffend, dass es sich in l. 27 § 2 D. cit. gar nicht um die Frage handle, ob eine naturalis obligatio ex pacto durch entgegenstehendes pactum ipso jure oder ope exceptionis aufgehoben werde, sondern vielmehr um die Wirkung eines pactum de petendo gegenüber einem vorausgegangenen pactum de non petendo.

Girtanner[2]) führt l. 49 § 2 D. 15. 1 u. l. 6 D. 45. 1 als Belege an. Die erstere Stelle entscheidet:

Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est. Das pactum aber sei eine causa civilis nicht. Das Letztere kann zugegeben werden, allein dann folgt doch nur, dass die ex causa civili zwischen dominus und servus mögliche naturalis obligatio eine civilis causa erfordert, nicht aber, dass dieses Erforderniss ein allgemeines für alle Naturalobligationen sei. Dass es gerade für diesen besondern Fall aufgestellt wurde, hatte gute Gründe. Die Rücksicht auf die Gläubiger des dominus gebot es. Denn ihnen gegenüber kam ja hauptsächtich die naturalis obligatio zwischen servus und dominus bei Gelegenheit der actio de peculio zur Geltung. Da durfte nicht zugelassen werden, dass der dominus Abzüge aus dem peculium mache

[1]) A. a. O. S. 137. — [2]) Die Stipulation S. 403.

lediglich auf Grund eines Uebereinkommens mit dem Sklaven, dass dieser schuldig sein solle; da musste wirklich gekauft oder gemiethet, wirklich ein Darlehen empfangen, kurz eine causa debendi vorausgegangen sein, wenn der Schuldeintrag in den rationes peculii berücksichtigt werden sollte. Und ebenso sollte der dominus nicht zu dulden haben, dass ihm eine Schuld an den Sklaven als Peculiarbestandtheil angerechnet werde: si nomina ita fecerit dominus, ut quasi debitorem se servo faceret, cum re vera debitor non esset[1]), woraus zugleich zu entnehmen, dass die donandi causa für die Naturalschuld des dominus an den servus als causa civilis im Sinne der l. 49 § 2 cit. nicht gegolten hat.

Wenn Girtanner auch l. 6 D. 45. 1 heranzieht:

> Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso,

so vermag ich in dieser Stelle nichts gegen die naturalis obligatio ex pacto zu entdecken. Denn in derselben ist von promittendo, nicht von paciscendo obligari die Rede und es scheint die naturalis obligatio ex promissione geleugnet zu werden. Würde a fortiori gefolgert werden wollen, dass dann gewiss auch ex pacto furiosi vel prodigi eine naturalis obligatio nicht entstehen könne, so läge darin doch kein Argument gegen die naturalis obligatio ex pacto überhaupt, sondern nur gegen die ex pacto der genannten Personen oder anders ausgedrückt ein Argument für die völlige Nichtigkeit ihrer obligirenden Geschäfte[2]).

Alle Gegner der naturalis obligatio ex pacto sind einig darüber, dass l. 1 § 2 D. 45. 1 ausschlaggebend sei:

> Si quis ita interroget 'dabis'? responderit 'quidni'?, et is utique in ea causa est, ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset. non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit et ita recte dictum est, non obligari pro eo nec fidejussorem quidem.

---

[1]) Vgl. l. 4 § 1 D. 15. 1. — [2]) Wie sich l. 6 mit l. 95 § 4 D. 46. 3; 127 D. 45. 1; 42 p. D. 12. 2 und insbes. mit l. 25 D. 46. 1 verträgt, ist hier nicht zu untersuchen. Vgl. hiezu Girtanner, der Bürgschaft S. 20 ff.; Schwanert S. 377; Dernburg, Pand. 2. Aufl. II. § 78 Note 2.



In der That wird hier gesagt, dass der durch Zunicken erklärte Consens des Gefragten, obschon ein genügender Ausdruck des Pactirungswillens, nicht nur keine klagbare, sondern auch keine Naturalobligation hervorzubringen vermöge.

Savigny's Versuch, das in dieser Stelle liegende Bedenken zu beseitigen, muss als misslungen betrachtet werden. Wenn er glaubt, dass der Fragende gar nicht die Absicht hatte, sich auf die unsichere Wirkung einer naturalis obligatio einzulassen, dass daher für ein pactum die Einwilligung des Gläubigers fehle, so ist dies allerdings eine ganz willkürliche Voraussetzung, die zur Genüge bei Brinz[1]) und Schwanert[2]) widerlegt wurde.

Aber auch Hofmanns[3]) Erklärungsversuch, von einem Gefragten, der statt dabo zu antworten, nur genickt habe, könne man alles andere eher annehmen, als dass er sich ernstlich verpflichten wollte, kann nicht befriedigen. Denn er konnte ja, wie Schwanert richtig bemerkt, geradezu die Absicht haben, die klagbare Obligation zu vermeiden und nur eine Naturalobligation zu übernehmen. Trotzdem glaube ich, dass die l. 1 § 2 D. cit. nicht nur nicht das stärkste, sondern geradezu das schwächste gegnerische Angriffsmittel ist.

Man muss nur im Auge behalten, dass die Stipulation Formalcontract, abstractes Versprechen war. Hieraus ergiebt sich: wurde die Form gewahrt — und dazu war Rede erforderlich — so entstand eine Obligation, ohne dass eine causa ersichtlich war; wurde die Form verletzt, so konnte ein pactum vorliegen; allein das pactum war diesfalls ein abstractes. Aus einem abstracten pactum aber entstand allerdings keine abstracte Obligation, auch keine naturale. Die abstracte Obligation setzte immer den Formalact voraus. Wenn auf die Frage: centum dotis nomine dabis? zugenickt worden wäre, so würde wohl Ulpian die Entscheidung nec naturaliter obligatur unterlassen haben. Daraus erklärt sich dann auch, dass überhaupt Ulpian für nöthig hielt, die Entstehung einer naturalis obligatio ganz ausdrücklich in Abrede zu stellen. Wäre es dem Römer undenkbar gewesen, dass überhaupt das nudum pactum ein Grund naturaler Obli-

---

1) A. a. O. S. 24. — 2) A. a. O. S. 126 ff. — 3) Entstehungsgründe der Obligationen S. 32 Note 61.

girung sein könne[1]), galt das pactum den Römern überhaupt nicht als obligatorisches Geschäft[2]), so konnte der Gedanke, dass eine naturalis obligatio als durch annuere auf die Stipulationsfrage entstanden von irgend wem erachtet werden würde, bei Ulpian gar nicht auftauchen. Wenn er dessenungeachtet in seinem Falle diese Meinung verwirft, so muss ihm die Möglichkeit derselben vorgeschwebt haben und es liegt nahe, dass er vor der Vermengung der titulirten Stipulation mit der abstracten warnen wollte, also warnen vor dem Schlusse, dass ebenso das annuere auf die Frage dabis eine naturalis obligatio erzeuge, wie das annuere auf die Frage dotis causa dabis?

Wenn freilich zum Begriffe das pactum, womit nudum pactum synonym gebraucht wird, die Abstractheit der Zusage gehören würde, dann träfe das Gesagte nicht zu. Gerade das muss aber entschieden verneint werden[3]). Zwar lesen wir in l. 7 § 4 D. 2. 14:

> Sed cum n u l l a s u b e s t c a u s a, propter conventionem hic constat, non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

Allein die hier erwähnte causa ist gedacht als eine der causae, welche einen Contract formiren, also verba, literae, res und der besonders wichtige Inhalt der Consensualcontracte. Unter causa ist sohin hier nicht zu verstehen der Rechtszweck, auf welchen ein Geschäft abzielt. Der Mangel s e i n e s Ausdrucks ist es aber eben, der ein Geschäft zum abstracten stempelt.

Der Beweis für die angegebene Bedeutung von causa in l. 7 § 4 D. 2. 14 liegt in dem Umstande, dass die Quellen eine Anzahl constitutiver pacta kennen, in welchen eine causa im Sinne von Rechtszweck zum Ausdrucke gelangt, so das pactum donandi causa, dotis constituendae causa, transigendi causa, das constitutum debiti entweder confirmandi oder intercedendi causa, das pactum usurarum credendi causa.

---

[1]) Kuntze, Excurse 2. Aufl. S. 542 und Cursus 2. Aufl. S. 445 § 643. — [2]) v. Scheurl, in Ihering's Jahrbb. Bd. VII. S. 346. — [3]) A. M. Liebe in Linde's Ztschr. Bd. 15 S. 192 ff., wo jedoch zwei Bedeutungen von causa durcheinandergemengt sind.



Da die Stipulation und die expensilatio im römischen Rechte allein, im classischen Rechte sogar nur noch die erstere, abstracte Schuldvertragsformen waren, so darf man ohne weiteres annehmen, dass ausser ihnen ein abstracter Vertrag keine obligatorische Wirkung hatte und in diesem Sinne ist es richtig, dass das (abstracte) pactum den Römern überhaupt nicht als obligatorisches Geschäft gegolten habe.

Hingegen als causales Geschäft scheint den Römern das obligatorische pactum ganz geläufig gewesen zu sein. Dafür zeugen die zahlreichen Fälle, in welchen dem obligatorischen pactum Klagbarkeit beigelegt wurde, vor allem die ganze Classe der pacta adjecta, sodann das pactum donationis und dotis, das constitutum, das Zinspactum für Darlehen der Stadtgemeinden[1]) und für das foenus nauticum[2]), das pactum, durch welches Sachleistung gegen Dienstleistung versprochen wird[3]). Auch der Spielvertrag scheint nur pactum gewesen zu sein und doch war er solange und soweit er nicht verboten wurde, klagbar.

Von Erwägungen allgemeiner Art wird gegen die naturalis obligatio ex pacto vor allen geltend gemacht, dass das jus poenitendi bei Innominatcontracten mit der Annahme einer naturalis obligatio ex pacto nicht vereinbar gewesen sei.

Würde, so folgert man, das pactum schon eine naturalis obligatio hervorgebracht haben, so läge in dem dare ut alius det bereits die Erfüllung des dem dare zu Grunde liegenden pactum, und eine Rückforderung wäre daher ausgeschlossen oder: dass das in Folge getroffener Verabredung Geleistete nicht solutum sondern datum genannt wird, beweise, dass die Verabredung keine naturalis obligatio erzeuge; denn sonst müsste das ihr gemäss Geleistete solutum sein und heissen[4]). Allein das hiesse dem Willen der Contrahenten bei der datio ob causam Gewalt anthun; wer ob causam giebt, hat mit dem anderen Contrahenten verabredet, nicht dass er eine Verpflichtung zum dare übernehmen solle, sondern dass der andere solche Verpflichtung übernehme, wenn jener eine Leistung gemacht haben werde.

[1]) L. 30 D. 22. 1. — [2]) L. 5 § 1 und l. 7 D. 22. 2. — [3]) L. 15 D. 19. 5. — [4]) Vgl. Unterholzner a. a. O. § 23; Gneist a. a. O. S. 169; Girtanner a. a. O. S. 404, vgl. dagegen Schwanert a. a. O. S. 130 ff.

Des weiteren hat man[1]) die praktische Bedeutung der naturalis obligatio ex pacto vermisst, da der Stipulationsform leicht zu genügen war, während von anderer Seite[2]) gerade im Gegentheil behauptet wird, das pactum müsste eine eminente Bedeutung im römischen Rechtsleben gehabt haben, wenn es eine obligatio naturalis erzeugt hätte und man müsse wegen des Mangels jeder Mittheilung der Quellen über eine solche Bedeutung auf die Unfähigkeit des pactum zur Begründung einer naturalis obligatio schliessen.

Auf den ersteren Einwand hat Hoffmann[3]) schon geantwortet, dass das pactum für Verträge unter Abwesenden von Bedeutung gewesen sei; dem letzteren Einwande ist zunächst entgegenzuhalten, dass nach dem Bisherigen die wiederholte Anerkennung und Hervorhebung der obligirenden Wirkungen des pactum in den Quellen eben nur von denjenigen geleugnet werden kann, welche das mitgetheilte Quellenmaterial durch die besprochenen mehr oder minder gezwungenen Auslegungen beseitigen zu können glauben; sodann aber kann in Wahrheit die Bedeutung des obligatorischen nudum pactum im justinianischen und schon im classischen Recht keine „eminente" gewesen sein, obwohl durch ein dem pactum folgendes constitutum die Naturalobligation klagbar gemacht werden konnte; denn die Form der Stipulation war sehr einfach, die wichtigsten obligatorischen Geschäfte waren formlose Contracte, pacta adjecta waren in weitem Umfange klagbar, daneben pacta praetoria, das Zinspactum für Darlehen der Stadtgemeinden und für Seedarlehen. Was da an unklagbaren obligatorischen pacta noch von praktischer Bedeutung blieb, nahm geringen Raum ein. Fürs classische Recht dürfte etwa das pactum dotis und donationis, das pactum divisorium, das pactum transactionis und das Zinspactum (unter Abwesenden) in Betracht gekommen sein; im justinianischen Recht nur noch die drei letztgenannten.

Wenn übrigens Kuntze (a. a. O.) die Möglichkeit, eine obligatio naturalis ex pacto durch Gemination des pactum,

---

[1]) v. Scheurl und Iherings Jahrbb. Bd. VII. S. 345. — [2]) Kuntze zu Holzschuher 3. Aufl. Bd. 3. S. 7 und Derselbe, Excurse a. a. O. — [3]) A. a. O.



d. h. durch Hinzufügung eines constitutum, zu einer klagbaren zu machen, für eine Monstrosität erklärt, so thut er das ohne alle Begründung. Es ist nicht abzusehen, was es Auffallendes haben sollte, wenn die Römer dem wiederholt erklärten Verpflichtungswillen eine steigernde Kraft beigelegt haben, insbesondere wenn erwogen wird, dass das constitutum ursprünglich die Zusicherung der Erfüllung die certo war. Hat man doch sogar die gänzlich kraftlose Intercession der Frauen im Falle der Wiederholung nach zwei Jahren für verbindlich erklärt!

III.

Stichhaltige Gründe gegen die naturalis obligatio ex pacto aus den Quellen nachzuweisen, ist nach meiner Ueberzeugung bisher nicht gelungen. Der bisherige Stand der Literatur ergiebt im Gegentheil einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für die obligirende Kraft des pactum. Dieselbe wird m. E. ausser Zweifel gestellt durch zwei in dieser Lehre noch nicht beachtete Digestenstellen, die l. 22. D. 23. 4 und l. 28 § 7. D. 24. 1.

1) l. 22 D. 23. 4. Julianus libro secundo ad Urseium Ferocem: Quidam fundum dotis causa ab uxore sua acceperat interque eos convenerat, ut mercedes eius fundi vir uxori annui nomine daret: deinde eum fundum vir matri mulieris certa pensione colendum locaverat eaque, cum mercedes ejus fundi deberet, decesserat et filiam suam solam heredem reliquerat et divortium factum erat: vir deinde petebat a muliere mercedes, quas mater debuerat, placuit exceptionem mulieri dari non debere 'ac si inter se et virum non convenisset, ut hac mercedes sibi alimentorium nomine darentur', cum futurum sit, ut quodammodo donationes inter virum et uxorem confirmentur: nam quod annui nomine datur species est donationis.

Der Ehemann, dem die Frau ein Grundstück zur dos gegeben, hatte derselben zugesagt, den Pachtzins für dieses Grundstück ihr als Jahrgeld zu geben. Dann hatte er das Grundstück an ihre Mutter verpachtet, welche als Schuldnerin der Pachtzinse starb und ihre Tochter als einzige Erbin hinterliess. Inzwischen war die Ehe zwischen der letzteren und dem Verpächter des Grundstückes geschieden worden. Als er

nun die geschiedene Frau und Erbin auf Zahlung der Pachtzinsrückstände verklagte, setzte diese der Klage die Einrede entgegen, zwischen ihr und dem Kläger sei vereinbart worden, dass die eingeklagte Pachtzinse ihr als Jahrgeld vom Kläger während der Ehe gegeben würden. Julian entscheidet, die Einrede sei unbegründet deshalb, weil in der Gewährung eines annuum eine Schenkung an die Frau enthalten sei und wenn sie mit der Einrede durchdränge, das Schenkungsverbot illusorisch gemacht werden würde.

Das argumentum e contrario ist zwingend: Wenn durch die Einrede das Schenkungsverbot nicht vereitelt werden würde, so würde sie zulässig sein. Und es sind solche Fälle denkbar, wie l. 21 § 1 D. 24. 1 und die sogleich zu besprechende l. 28 § 7 D. cod. ersehen lassen, unter der Voraussetzung nämlich, dass der Frau als Gegenleistung für das annuum der Unterhalt ihrer eigenen Person und ihres Gesindes auferlegt wurde und sie diesen Unterhalt auch ex propriis bestritten hatte[1]). Jedenfalls würde der Entscheidungsgrund Julians auch nicht zutreffen, wenn der Ehemann ohne Willensänderung gestorben wäre, da alsdann die Schenkung convalesciren würde. Dabei setze ich allerdings die Meinung als richtig voraus, welche die Convalescenz im justinianischen Rechte auch auf das Schenkungsversprechen ausdehnt[2]). In beiden Fällen könnte mithin die Frau der Klage des Mannes bezw. seines Erben die exceptio entgegensetzen aus der conventio, ut mercedes sibi alimentorum nomine darentur. Die rechtliche Natur dieser exceptio ist die der Compensationseinrede; denn sie wird unter Anerkennung der Pachtzinsschuld damit begründet, dass der Kläger bezw. sein Rechtsurheber seinerseits verpflichtet war, die Pachtzinse, also die eingeklagte Summe selbst der Beklagten zu zahlen[3]). Wenn nun die erwähnte conventio als pactum nudum zu denken ist, worauf aus der Fassung

[1]) Cf. Cujacius, comment. ad Salvium Julianum lib. II. ad Urseium Ferocem: ad legem 22 de pact. dot. (editio Prati tom. 3. S. 1502/3; Scipio Gentilis, de don. inter virum et uxorem. lib. II. cap. XIV.; v. Meyerfeldt, Die Lehre von den Schenkungen Bd. I S. 175 f.; Glück, Pand. Bd. 26 S. 118, vgl. auch l. 28 § 6 D. 24. 1. — [2]) L. 33 p. D. 24. 1. — [3]) Keysser, Das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, S. 38 spricht zwar unter Bezug auf l. 22 etwas unbestimmt von einer „Ueber-

der exceptio nothwendig zu schliessen[1]), so besitzen wir den Beweis dafür, dass das pactum die stärkste aller Wirkungen hervorbrachte, die einer naturalis obligatio zukommen konnten, d. h. dass das pactum Entstehungsgrund einer naturalis obligatio war.

2) L. 28 § 7 D. 24. 1. Paulus libro septimo. ad Sabinum: Illud recte dictum Celsus ait: si dotis usuras annuas uxor stipulata sit, licet ei non debeantur, quia tamen quasi de annuo convenerit, peti quidem dotis iudicio non possunt, compensari autem possunt: idem ergo dicemus in qualibet pactione annui nomine facta. Der casus ist folgender: Eine Ehefrau hatte sich vom Ehemann nicht bloss die Rückgabe, sondern auch die Verzinsung der dos durch Stipulation versprechen lassen. Diese Zinsen, sagt Celsus, unter Billigung des Paulus könne die Frau dotis iudicio i. e. actione ex stipulatu nicht verlangen. Den Entscheidungsgrund giebt der Jurist zwar nicht an, allein er war ja selbstverständlich. Denn die fructus dotis waren ad onera matrimonii ferenda bestimmt, gebührten mithin dem Manne; wenn er dieselben der Frau zu überlassen versprach, so lag eine erogatio de suo sine causa debendi vor, mithin eine ungültige Schenkung inter virum et uxorem. Man konnte jedoch diese ungültige Stipulation von usurae annuae als eine Vereinbarung des Inhaltes auffassen, dass der Ehemann der Frau ein Jahrgeld zu zahlen zusichern wollte, welches, wenn es den Mann von der Alimentation der Frau befreien sollte, keine verbotene Schenkung enthielt.

Als Stipulation konnte diese Vereinbarung trotzdem nicht gültig sein, denn die Congruenz von Frage und Antwort ergab nichts anderes, als die ungültige Zinsverpflichtung. Wollte in diese Congruenz eine andere Absicht hineingelegt werden, so musste man von der Contractsform überhaupt absehen. So blieb nur ein nudum pactum nach Analogie der als solcher ungültigen Acceptilation in l. 19 pr. D. 46. 4. Die causa dieses pactum lag in der Zusicherung des annuum

---

lassung des Pachtvertrags" an die Frau, erläutert das aber sogleich durch Annahme eines „Schenkungsversprechens auf den Betrag der Pachtgelder."

[1]) Meyerfeld a. a. O., vgl. auch Basiliken XXIX. 5. cap. 20.

d. h. des Jahrgeldes gegen Uebernahme eigener Bestreitung des Unterhaltes Seitens der Frau. Aus diesem nudum pactum, gerichtet auf Leistung eines nicht unter das Schenkungsverbot fallenden annuum ergab sich freilich keine Forderungsklage wohl aber ein Recht zur Compensation, falls der Ehemann Forderungen gegen die Frau geltend zu machen in die Lage kam. Was nun in dem Falle Rechtens war, wo die ungültige stipulatio usurarum in ein pactum annui convertirt wurde, das musste natürlich auch gelten, wo von vornherein ein (dem Schenkungsverbote nicht unterliegendes) pactum annui nomine factum abgeschlossen wurde. Das sagt der Schlussatz unserer Stelle. Dieselbe enthält sohin gleichfalls die ausdrückliche Anerkennung der compensirenden Kraft der aus einem pactum obligatorium sich ergebenden Verbindlichkeit. Bei diesem Ergebnisse fällt dann auch auf die l. 6 D. 16. 2 ein neues Licht. Ihre allgemeine Fassung erscheint gewiss besser motivirt, wenn man nicht genöthigt ist, zu behaupten, die l. 20 § 2 D. 40. 7 sei die einzige einen unzweifelhaften Fall von Compensation mit einer naturalis obligatio enthaltende Stelle[1]), sondern wenn man ein Gebiet der Anwendung für diese Compensation gewinnt, welches dem allgemeinen Rechtsverkehr der Freien angehörte.

Dernburg[2]) erwähnt zwar ebenfalls die l. 28 § 7 cit. im Zusammenhange mit der Compensabilität naturaler Obligationen, allein wie es scheint zum Belege dafür, dass zur Compensation tauglich gewesen seien ausser den obligationes naturales der Sklaven gegenüber den Herren diejenigen, welche nach Consumtion des Klagerechts durch Litiscontestation übrig blieben. In welchem Zusammenhang aber mit diesem Falle von Naturalobligation l. 28 § 7 zu stehen kommen soll, lässt Dernburg gänzlich unaufgeklärt, da er die Stelle lediglich zu dem eben erwähnten Satze allegirt. Ausserdem findet sich in der Literatur seit der Glosse[3]), wie es scheint, eine Erörterung der l. 28 § 7 nur bei Scipio Gentilis[4]), der (S. 230

---

[1]) Eisele, Die Compensation S. 330. — [2]) Geschichte und Theorie der Compensation 2. Aufl. S. 470 Note 1. — [3]) Die Glosse selbst spricht nicht von naturalis obligatio ausdrücklich, erörtert aber zu compensari: „marito, si agat ex aliqua causa." — [4]) A. a. O. cap. XV. Scipio Gentilis erhebt sich selbst ein Bedenken bei Interpretation der l. 28

a. a. O.) im Verlaufe der Erklärung von l. 28 § 7 bemerkt: ex pacto non nasci actionem iure Romano certum est, ad exceptionem autem et compensationem prodest, quum obligationem naturalem pariat, und bei v. Meyerfeld[1]), der im Widerspruche zu dem an späterer Stelle[2]) ausgeführten der nuda conventio annui nomine in l. 28 § 7 die Compensationswirkung zuerkennt.

Ein neuerer Schriftsteller[3]) bemerkt unter Anführung der l. 28 § 7: Wenn der Mann der Frau die Früchte oder Zinsen von der dos überlässt, damit sie davon ihren Unterhalt bestreitet, oder wenn er zu diesem Zwecke ein Jahrgeld giebt, so hat er durch diese Gabe nichts geschenkt, weil dieselbe gegen die ihm zufallenden und von ihm zu bestimmenden Kosten des persönlichen Unterhalts der Frau aufgerechnet werden muss."

Danach macht es den Eindruck, als nehme dieser Schriftsteller in l. 28 § 7 die datio eines annuum an, während doch deutlich von einem Versprechen desselben gehandelt wird. Auch bleibt bei dieser Annahme selbstverständlich das von Gentilis (S. 359 Note 4) angeregte Bedenken unerledigt, wie es komme, dass dann die stipulatio annuarum usurarum nichtig ist. Ferner würde compensari in dem von Keysser angenommenen Sinn die geschehene Zahlung des annuum voraussetzen, wofür die Stelle selbst keinen Anhalt bietet und endlich wäre es befremdlich, dass der Schluss der Stelle wiederum hervorhebt, dass idem in qualibet pactione annui gelten müsse, anstatt des diesfalls nahezu unvermeidlichen datione annui.

---

§ 7, welches mir durch die oben versuchte Paraphrase derselben gehoben zu sein scheint. Er fragt nämlich: weshalb ist die Stipulation ungültig, wenn ein annuum vorliegt, welches keine verbotene Schenkung enthält? oder weshalb wird nicht auch die naturalis obligatio geleugnet, wenn das annuum eine verbotene Schenkung war? und er gelangt zu einer befriedigenden Beantwortung dieser Fragen nicht.

[1]) A. a. O. S. 176. — [2]) S. 344—346. — [3]) Keysser an dem S. 357 Note 3 a. O. S. 40 zu Note 5.

Miscelle.

Eine unbekannte Redaction der Statuten der Paduaner Juristenuniversität. Durch meinen Collegen Professor J. Caro wurde ich aufmerksam auf eine Nachricht der (polnischen) Abhandlungen und Berichte über die Sitzungen der hist.-philos. Abtheilung der Akademie der Wissenschaften zu Krakau IV, 295, wonach sich in der Capitelsbibliothek zu Gnesen ein Papierfoliant vom Jahre 1301 befinde, welcher die Statuten der Juristenuniversität Padua enthalte. Es gelang den Codex auf einige Tage hierher zu bekommen, und die Untersuchung ergab, dass er für die Geschichte der Paduaner Statuten und der ganzen auf Bolognas Statuten ruhenden Gruppe von grosser Bedeutung sei, und da es uns vorläufig nicht gestattet wurde den Codex länger zu benutzen, um ihn herauszugeben, so theile ich hier diejenigen Thatsachen mit, die wir bereits feststellen konnten und einige Angaben, zu deren Klärung die Lokalforschung die besten Dienste leisten kann. Die Redaction der Statuten der Juristenuniversität Padua, welche der Codex enthält, ist von 1301 oder von 1331, während wir bisher nur eine (noch ungedruckte) Redaction von 1463 hatten und einen Druck von 1550/51. Dieser Redaction sind dann Nachträge angefügt, deren letzter unter dem Rectorat des Caspar de Prussia entstand, der 1404/5 Rector war (A. Gloria, Monumenti della Universita di Padova I, 98 No. 320 und II, 429 f.). Der Codex ist also nicht früher, aber allem Anschein nach auch nicht viel später geschrieben worden. Die Redaction der Statuten, welche den Kern des Codex bildet, ist nach der Einleitung unter den Rectoren Rudolfus Synenus (?) de Augusta und Binus Mora de Mediolano hergestellt worden und zwar wie es einmal heisst 1301, anno millesimo tricentesimo primo, so, in Worten ist die Angabe. Aber an einer späteren Stelle heisst es, diese Redaction sei gemacht worden, um die Mängel der in den Jahren 1330 und 1331 veranstalteten aber nicht angenommenen Redactionen zu bessern. Sie könnte also frühestens 1331 entstanden sein. Da diese Jahre in Zahlen geschrieben sind MCCCXXX und MCCCXXXI, so muss entweder zweimal XXX zu viel gesetzt oder es muss an der ersten Stelle das Wort tricesimo ausgefallen sein. Noch verwickelter wird die Sache dadurch, dass in der kürzeren Geschichte der Paduaner Statuten, welche vor der Redaction von 1463 steht und von Denifle im Archiv f. Litter. und Kirch. Gesch.

III 395 mitgetheilt ist und hier wörtlich übereinstimmt mit derjenigen des Drucks der Statuten von 1550 (Statuta — Universitatis Juristarum Patavini Gymnasii. Venduntur ... Paduae 1550. Am Schluss Venetiis per Joannem Patavinum 1551. 4°.) jene Redactionen 1300 und 1301 angesetzt werden. Die Redaction des Rudolfus de Augusta und Binus Mora wird dann sequenti anno also 1302 gesetzt, indessen könnte dies eine Ungenauigkeit sein, die das folgende Rectorat auch in das folgende Jahr setzte, wie denn auch in den Namen mehrere Ungenauigkeiten begegnen. Also die eine Angabe unseres Codex und die Angabe der späteren und etwas kürzeren Fassung der Geschichte der Paduaner Statuten legen unsere Redaction in das Jahr 1301 bezw. 1301/2, die spätere Stelle der Einleitung frühestens 1331 oder 1332. Die Entscheidung kann nur erbracht werden, wenn es gelingt, die Zeit der bei diesen drei Redactionen von 1300 und 1301 oder 1330 und 1331 betheiligten Personen festzustellen, und es ist Aussicht dazu vorhanden, da bei der letzten Redaction nicht bloss die Rectoren, sondern auch die 13 Scholaren genannt werden, welche mit den Rectoren den Ausschuss zur Feststellung der Statuten bildeten. Den einen derselben, Jacobus de Arena de Parma, offenbar ein gleichnamiger Sohn oder ein Enkel des berühmten Jacobus de Arena, dessen Herkunft aus Parma zugleich durch diese Stelle sicher gestellt wird, begegnet 1332 und 1333 unter den Assessoren des Podesta von Padua (Gloria, Monumenti I, 10 No. 29 und II, 10 No. 1134). Diese Erwähnung entscheidet leider nicht, denn Jacobus de Arena könnte in solcher Stellung sowohl ein Jahr wie 30 Jahre nach der Studienzeit erscheinen. Wahrscheinlich ist auch der an fünfter Stelle der Commission erwähnte Raynaldus de Raynaldis de Tarvisio mit dem in den Urkunden bei Verci, Storia della Marca Trivigiana e Veronese (Venez. 1786) zuerst 1332 und zuletzt 1355 (Tom. XIII Doc. No. 1544 p. 48) mehrfach als ein in Treviso hochangesehener Jurist erwähnten Renaldus de Renaldo (auch Raynaldus de Raynaldis geschrieben) identisch. Ist es derselbe und nicht ein gleichnamiger Sohn oder Vetter, so wäre er gegen 80 Jahre alt geworden, wenn er 1301 als junger Mann von 20—25 Jahren, wie das anzunehmen ist, in der Statutencommission sass. Ich möchte nicht sagen, dass diese Thatsachen die Entscheidung für 1331 erheblich erhöhten, es wird darauf ankommen, noch andere von den Personen festzustellen. Da es mir mit dem hiesigen Material von Urkundenbüchern u. s. w. bisher nicht glücken wollte, so theile ich die entscheidenden Stellen hier mit, um diejenigen, denen weiteres Material zur Hand und das Glück günstiger ist, zur Nachforschung anzuregen. Hec sunt statuta secundum novam compilacionem facta et elicita de veteribus statutis studii Padwani et ex statutis Bononiensibus per venerabiles et sapientes viros dominum Rudolfum Synenum (?) de Augusta, canonicum in Buchshau (so noch einmal, einmal Buchsau, einmal Buchshayn). dominum Binum Mora de Mediolano utriusque juris peritum rectores universitatis studii Paduani, dominum Henricum de Polenahu canonicum Frisingensem, dominum Jacobum de Arena de Parma, dominum Engelbom canonicum veteris

capelle Ratispone, dominum Hugucionem de Tresteno (?) de Vicencia, dominum Pillgrinum de Airia retorem ecclesie in Eisgruob, dominum Raynaldum de Raynaldis de Tarvisio, dominum Petrum de Prixna, canonicum ..., dominum Albertum de Nullaviis de Vincentia, dominum Johannem de Constancia Magistrum de ... de Maredorfh, dominum Valentinum de Mediolano, dominum Nicolaum de Polonia, dominum Constantinum de Savorgano et dominum Orthliebum de Moguncia per ipsam universitatem ad hoc specialiter electos anno domini millesimo tricentesimo primo indiccione quarta decima, die XVIII mensis Iunii. Die andere Stelle nennt eine Redaction unter dem Rectorat Theonitarius de Tedaldis (nach Affo, Memorie degli Scrittorii. Parmigiani hiess die Familie Tebaldi) de Pariria (lies Parma) anno domini M°CCCXXX indiccione XIII und dann heisst es: anno domini M°CCCXXXI indiccione XIIII rectoratus ven. dominorum Johannis de Bohemia prepositi sancti Egidii Pragensis nec non domini Gimmore (?) de Mediolano .. Das sind die Namen, die ich hier zur Kenntniss bringe, indem ich bemerke, dass der Codex gut geschrieben ist und dass bei den Namen nur ? stehen, weil bei der ersten Abschrift jede irgend zweifelhafte Stelle zunächst so bezeichnet wurde, um später genauer nachzuprüfen, diese Nachprüfung uns aber nicht ermöglicht wurde.

Zum Zweck weiterer Verbreitung hatte ich eine ähnliche Nachricht und Aufforderung auch im Centralblatt für Bibliothekswesen veröffentlicht, und letztere hatte den Erfolg, dass Luschin v. Ebengreuth mir die sehr ansprechende Vermuthung mittheilte, Maredorfh sei wohl Marckdorf im Bisthum Constanz, Rudolfus de Augusta canonicus in Buchshau ein Canonicus des Chorherrnstifts Buxheim bei Memmingen, das 1402 in eine Karthause umgestaltet ward, und Henricus de Polenahu ein Glied der oberösterreichischen Familie Pollheim, deren Name oft verderbt werde. Maximilians Orator Bernhard von Pollheim begegne z. B. in dem Druck der Paduan. Statuten von 1550 als Bernardinus Pola de Austria (1474). „Ein Heinrich von Pollheim erscheint 1317 als „Thumherr zu Freising“ und war 1333/4 Pfarrer zu Aussee, vgl. Prevenhueber Ann. Styrenses S. 458.“ — Das könnte unser canonicus Frisingensis sein und damit würde die Wahrscheinlichkeit für 1331 und gegen 1301 steigen, sie ist aber zur Gewissheit geworden durch die mir eben nach Absendung der Correctur jener im Juli 1891 geschriebenen durch äussere Umstände im Druck verzögerten Notiz zugehenden Ausgabe der „Statuten der Juristenuniversität Padua vom Jahre 1331“ von Denifle im letzten Heft des Archivs für Litt.- und Kirchengeschichte des Mittelalters. War es schmerzlich, mir den Codex mitten in der Bearbeitung entzogen zu sehen, so freue ich mich doch, ihn so schnell und allem Anschein nach tüchtig bearbeitet zu finden. Aus einer Stelle des Buches, welche Professor Caro und ich in der kurzen Zeit noch nicht hatten benutzen können, und einigen anderen Momenten

folgert Denifle mit Recht, dass die Angabe 1301 verschrieben ist und dass die Statuten also von 1331 sind. Auch hat er in Gloria's Monumenti, Appendix p. 93 fgg. einen Binus Mora de Mediolano in den Jahren 1333—36 nachgewiesen, der mit unserem Rector identisch zu sein scheint, was wiederum trefflich passen würde. Da ich zu den Unglücklichen gehöre, denen der Verleger diesen Band ohne Appendix geliefert hat, so konnte ich diesen Nachweis nicht führen. Unzweifelhaft richtig erscheint mir ferner Denifles Erklärung des Gimmore de Mediolano als Verderbniss aus Binus Mora de M. Hoffentlich finde ich demnächst Zeit, eingehender von diesen Statuten zu handeln.

Breslau, Juli 1891. G. Kaufmann.

Litteratur.

Marcel Fournier, Les Statuts et Privilèges des Universités Françaises depuis leur fondation jusqu'en 1789. (Ouvrage publié sous les auspices du Ministère de l'instruction publique et du conseil général des facultés de Caen). Tome I. Première Partie: Moyen-Age. Universités d'Orléans, d'Angers, de Toulouse. Paris. L. Laroste et Forcel. 1890. 4°.

Das Vorwort erzählt uns, wie der Verfasser dazu gekommen ist dies Riesenwerk zu unternehmen. Es war nicht die Aufforderung der Regierung oder ein äusserer Umstand sondern der Gang seiner Forschung, was ihm die Veranlassung bot. Untersuchungen über die Entwicklung des Rechtsstudiums in Frankreich nöthigten ihn sich in die Geschichte Frankreichs zu versenken und da in diesem Augenblick die Académie des sciences morales et politiques die schon zweimal ohne Erfolg gestellte Preisaufgabe einer Histoire de l'enseignement du droit en France jusqu'en 1789 zum dritten Male erneute, so benutzte der Verfasser seine Vorarbeiten diese Aufgabe zu lösen. Der Preis wurde ihm zuerkannt, aber er will die Abhandlung erst veröffentlichen, nachdem er in diesem Urkundenwerk die wichtigsten Urkunden bekannt gemacht hat und zwar in einer erweiterten Form unter dem Titel L'histoire de la science et de l'enseignement du droit en France; für das Jahr 1891 glaubt er uns den ersten Band versprechen zu können. Dies Urkundenwerk ist also aus den Vorarbeiten zu jener Darstellung hervorgegangen. On a écrit assurément bien des travaux soit sur les facultés de droit des anciennes universités, soit sur les professeurs de droit; mais beaucoup de ces études ont été faites sans soin ou plutôt sans critique. . . C'est ainsi du besoin de voir les documents afin de connaître la vérité que me vint l'idée de faire pour mon usage un receuil des statuts d'Universités sur l'enseignement du droit et des textes relatifs à l'histoire des professeurs de droit; en un mot, une sorte de cartulaire de l'enseignement du droit en France. Aber da ihm bei der Arbeit immer deutlicher wurde, wie eng die Geschichte der juristischen Fakultäten mit der Geschichte der Universitäten verknüpft ist, dass sie sich viel-

fach geradezu damit deckte, da manche Universitäten nur aus einer juristischen Fakultät bestanden, so kam ihm der Gedanke, dieses cartulaire de l'enseignement du droit en France zu einem cartulaire général des Universités françaises zu erweitern. Wir danken es dem Herrn Liard, dem zeitigen Direktor des enseignement supérieur, dass er den Verfasser zu dieser Erweiterung des Planes ermuthigte, und wer die ungeheuren Schwierigkeiten ermessen kann, die das Auge des gewissenhaften Forschers bei der Betrachtung dieses Planes erblickt, der wird begreifen, dass es wohl einer Ermuthigung bedurfte, um den halbgefassten Plan bestimmt in Angriff zu nehmen.

Eine wesentliche Erleichterung war dann noch mit der Thatsache gegeben, dass das Chartularium universitatis Parisiensis bereits von Denifle herausgegeben wird und also hier nicht zu wiederholen war. Das Werk soll also die Urkunden der übrigen Universitäten umfassen uud zwar in drei Abtheilungen. 1. Abtheilung: Periode des Mittelalters bis 1500, 2. Abtheilung: das 16. Jahrhundert, qui forme à lui seul une période bien distincte dans l'histoire des Universités. Die dritte Abtheilung soll die Urkunden des 17. und 18. Jahrhunderts enthalten, pendant la période monarchique, période de décadence et de réaction à l'égard du brillant épanouissement du XVIe siècle. In jeder Periode sollen die Universitäten nach der Zeit ihrer Gründung vereinigt werden, erst die im 13. Jahrhundert, dann die im 14. und 15. gegründeten. Und zwar soll die so für die erste Abtheilung sich ergebende Ordnung auch für die folgenden beibehalten werden.

Diese Eintheilung rechnet also das 15. Jahrhundert zum Mittelalter, wie ich das gegen die Aufstellung von Denifle in seinem Werk die Universitäten des Mittelalters bis 1400 I (1885) p. XXVI, dass das 15. Jahrhundert überall neue Verhältnisse aufweist in den Göttinger Gelehrten Anzeigen 1886, S. 100, Anm. und in meiner Geschichte der deutschen Universitäten I S. XI erwiesen habe. Dieser Satz gilt für alle Lande, überall bewahren die Universitäten im 15. Jahrhundert wesentlich dieselben Einrichtungen, Methoden und Ziele wie im 14. Jahrhundert, auch der Einfluss des Humanismus griff nicht so tief ein als man erwarten sollte. Schon die Geschichte der Statuten von Bologna, Perugia, Padua und Florenz genügt, um für Italien den Beweis zu erbringen, für Frankreich zeigte es Jordain's Index Chartarum und zeigt es aufs neue diese Sammlung der Statuten, für England, Spanien und Deutschland gilt das Gleiche. Die Behauptung Denifles steht mit allen Urkunden im Widerspruch und ist nichts anderes als einer jener dreisten Versuche, welche die welthistorische Bedeutung der deutschen Reformation verdunkeln möchten. Wie uns Janssen glauben machen will, dass Nicolaus von Cusa im 15. Jahrhundert eine hoffnungsreiche Reformbewegung einleitete, die dann durch den zerfahrenen und infolge liederlichen Lebens an sich selbst verzweifelnden Mönch Luther[1]) ge-

[1]) Man lese Janssen 2 (1879) S. 66 ff., besonders S. 68, wie Luther als Schüler bei Frau Cotta lernte, dass es auf Erden „kein lieber Ding



stört wurde; und wie v. Buchwald[1]) (Deutsches Gesellschaftsleben im endenden Mittelalter I (1885) S. 165ff. und S. 181) die neuerdings gewonnenen Ergebnisse über ältere Uebersetzungen der Bibel zu einer Darstellung missbraucht, die darin gipfelt, dass Luthers Bibelübersetzung nur geringe Bedeutung habe und nicht „volksthümlich“ gewesen sei (165), ja dass auch seine reformatorischen Gedanken nur als „geringe Meinungsdifferenz“ eines Mönchs von anderen Mönchen zu betrachten seien (181), — so sollen wir uns auch gewöhnen auf dem Gebiete des Universitätslebens der Reformation des 16. Jahrhunderts keine Bedeutung beizumessen. Denifle hat selbst schon seine Worte anders zu deuten versucht, als ich die Nichtigkeit der Behauptung nachwies, aber sie sind unzweideutig und treten dem Laien mit der ganzen Autorität entgegen, welche die Gelehrsamkeit des bedeutenden Buches beansprucht, in dessen Einleitung sie stehen. Darum ist mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass diese Sammlung der Statuten der französischen Universitäten jene Behauptung Denifles nicht anerkennt und durch ihr Dasein widerlegt. Das 15. Jahrhundert gehört auch im Leben der Universitäten zum Mittelalter.

Dieser erste Band bietet ausser einer préface von XII Seiten 876 Urkunden nnd Regesten auf 880 grossen Quartseiten, davon Nr. 1—360 für Orleans, die älteste von 1231, die letzte von 1511. Nr. 361 von 1230 bis Nr. 501 von 1500 für Angers, und Nr. 502 von 1217 bis Nr. 876 von 1501 für Toulouse. Darauf folgt eine Table chronologique des documents p. 883 bis p. 913 und p. 915—974 eine Table générale des noms de personnes und endlich Addilions et corrections p. 975—978.

Der folgende Band wird in mancher Beziehung Ergänzungen bringen für diesen Band, besonders die rotuli, Verzeichnisse von Doctoren und Scholaren, welche die Universitäten dem päpstlichen Hofe zur Berücksichtigung bei Verleihung von Gnaden und Pfründen empfahlen, und eine ausführliche, sachlich erläuternde Einleitung wird noch später hinzukommen. Die Vorrede dieses Bandes erklärt ausdrücklich, dass sie keine introduction sein wolle. Sie giebt nur Bericht über die Entstehung des Planes und stattet den Vorständen der Archive und Bibliotheken, welche den Herausgeber unterstützten, den Dank ab. Ausser dem Vaticanischen Archiv und den Archiven der Universitäten und der Collegien an denselben, sowie den Bibliotheken von Paris, Berlin, Wolfenbüttel u. a. wurden noch 30 Archive von Städten und Departements benutzt, und wenn man nun die Fülle und die Verschiedenartigkeit dieser Urkunden erwägt, und die Schwierigkeiten, welche die Entscheidung über den Werth abweichender Lesarten bei mehrfacher Ueberlieferung u. s. w. bietet, so gewinnt man die Vorstellung, dass es

---

giebt denn Frauenliebe, wem sie mag zu Theil werden“. Es wird dadurch nicht besser, dass Janssen das alles nur andeutet und denken lässt. Sodann S. 70.

[1]) Ich verweise auf meine Anzeige dieses Buchs in der Deutschen Litteraturzeitung 1886, Nr. 2, S. 59f.

sich hier um ein Unternehmen handelt, welches die Kräfte eines Einzelnen übersteigt. Man wird dem Verfasser deshalb nicht zürnen, wenn ihm mancher Fehler untergelaufen ist, aber man wird andererseits doch auch die Forderungen selbst, welche man an eine wissenschaftliche Ausgabe zu stellen hat, nicht herabsetzen. Es würde das vor allem gegen den Sinn des Verfassers sein, der sich das höchste Ziel gesteckt hat.

Der begreifliche Wunsch, den ersten Band der Universität Montpellier zu ihrem Jubelfeste darzubringen, liess den Druck beschleunigen, hatte aber auch die Folge, dass das Verzeichniss der Druckfehler länger werden musste als zu wünschen wäre, und dass es keineswegs vollständig ist. Ich füge allein von p. 46 aus dem Briefe Johanns XXII. an König Philipp hinzu 46[a] Z. 4 nota für vota, Z. 16 et für ut, Z. 26 fehlt der Punkt nach manifeste und statt et ist Et zu lesen. Z. 43 ist decanis zu lesen statt de causis. Bei den folgenden Bänden wird hoffentlich kein äusserer Anlass die Ruhe stören, mit der der Druck eines so grossartigen auf lange Zeit hinaus die Grundlage der Forschung bildenden Werkes überwacht werden muss.

Mit gleichem Nachdruck spreche ich den Wunsch aus, dass Fournier die Grundsätze strenger fasse, nach denen er die Urkunden druckt, und über die unter den Meistern deutscher und französischer Forschung kein Zweifel besteht. Fournier zählt zwar in einer Anmerkung zu Beginn der drei Universitäten die sources manuscrits und sources imprimées auf, auch werden nach jeder Urkunde einige Handschriften und Drucke genannt, aber man ist nicht immer in der Lage zu beurtheilen, auf welche dieser Quellen der Druck sich stützt, und wie sich dieser Druck zu den früheren verhält. Die Angaben über alles dies sind ungleichmässig und ungenügend. Mir fehlen hier die Werke von Rangeard, Lemaire u. a., und die Auszüge, die ich früher aus denselben machte, reichen nicht aus, um Vergleichungen in grösserem Umfange anzustellen und im einzelnen zu zeigen, wie oft z. B. die älteren Drucke und wesentliche Abweichungen ihrer Lesarten anzuführen waren, damit kein Zweifel bestehe, ob der Herausgeber sie mit voller Kenntniss und guten Gründen verwarf, aber manche Spuren weisen darauf hin, dass nicht immer eine auf der Durcharbeitung alles zugänglichen Materials beruhende Ausgabe, sondern mehr nur der Abdruck einer Ueberlieferung geboten wird, oder nur gebessert durch einzelne Vergleichungen.

Eine genauere Probe machte ich mit dem oben schon angeführten Briefe Johanns XXII. an König Philipp von Frankreich vom 6. Juni 1318 und sie mag mein Urtheil verdeutlichen. Ein Stück dieses Briefes hat Denifle, Universitäten des Mittelalters I S. 267, Anm. 175 abgedruckt und theilt mit, dass der Brief im Vaticanischen Archiv in drei Abschriften vorhanden ist, ohne jedoch das Verhältniss derselben anzugeben. Fournier erwähnt diesen Druck nicht, obschon er einen so wesentlich abweichenden Text bietet, dass man bei der Benutzung die Ueberzeugung gewinnen muss, dass entweder der eine oder der andere oder beide fehlerhaft sein müssen. Ich sandte deshalb eine Abschrift

von Fourniers Text mit Denifles Abweichungen an einen in archivalischen Arbeiten vorzüglich geübten gelehrten Freund in Rom, der mir dann eine sorgfältige Collation und Bericht sandte. Danach ist das Schreiben im Vaticanischen Archiv dreimal vorhanden. I. Reg. Vatic. vol. 109 ep. 817, citirt von Denifle, Universitäten I 267 Anm. 175 als Reg. Vat. Joh. XXII. Secret. ann. 1. 2. tom. 1. ep. 817 Bl. 223b. II. Reg. Vatic. vol. 110 ep. 233, citirt von Denifle a. a. O. als Reg. Vat. Joh. XXII. Secret. ann. 1. 2. tom. 2. ep. 233. III. Reg. Vatic. vol. 110 ep. 616, citirt von Denifle a. a. O. S. 267 Anm. 176 als Reg. Vat. Secret. tom. 2. ep. 616 und von Fournier als Jean XXII. ann. 4. tom. 2. ep. 616. Dieser Band, der die ersten 4 Jahre Johann XXII. umfasst, enthält also die Urkunde zwei Mal, und zwar in ep. 616 als Transsumpt. Nach dem treffenden Urtheil meines Gewährsmannes, das sich auf die mir übersandte sehr sorgfältige Vergleichung stützt, gehen „I., II. und III., wie die Varianten beweisen, alle selbständig auf die Vorlage zurück; I. und II. stehen sich nahe und scheinen mir vor III. den Vorzug zu verdienen“.

Fournier hat eine solche Vergleichung überhaupt nicht angestellt, obwohl ihm aus Denifle alle drei Formen bekannt sein mussten, er giebt nur einen Abdruck von III., wenigstens muss man glauben, dass diese Quelle benutzt ist, weil sie an erster Stelle unter den Belegen am Schluss der Urkunde steht [1]). Fournier p. 48a Z. 6—10 „Arch. Vatic. Jean XXII, an. IV, t. 2. ep. 616. — Le Maire, Hist. de la ville et duché d'Orléans p. 30. Texte dans tous les mss. précités, sauf dans n. a. t. 1610 et lat. 4354 D.“ Dieser Satz nöthigt uns, anzunehmen, dass Arch. Vatic. Jean XXII an. IV. t. 2. ep. 616 zu Grunde gelegt und dass daneben der Druck bei Le Maire und die Register der Nationen u. s. w. benutzt worden sind, welche p. 1 Anm. 1 aufgezählt und mit der Formel dans tous les mss. précités etc. angezogen werden. Diese Erwähnung ist nun so allgemein gehalten, dass man die Ueberzeugung gewinnt, Fournier habe ihre Ueberlieferung ebensowenig untersucht wie die der drei Vaticanischen Texte. Abweichende Lesarten bietet Fournier nur einmal, indem er p. 46b zu dem unverständlichen latibus der Zeile 1 des Textes in der einzigen Anmerkung bemerkt, dass der Liber Nation. Alem. laribus biete. Aber woher ist denn latibus conservatos des Textes genommen? Man muss glauben aus Reg. Vat. ep. 616 (III.), aber diese sehr lesbar geschriebene Handschrift hat laboribus conservati, die beiden anderen Vaticana haben laribus observati. Und nun finden sich noch so viele Abweichungen von III., dass es kaum möglich ist, zu glauben, dass dieses Ms. dem Druck von Fournier zu Grunde

---

[1]) Fournier giebt S. 46 unter Nr. 55 den Brief Johanns XXII. an seinen Legaten, den Kardinal Gaucelin, vom 15. Nov. 1519, in welchem Johann XXII. seinen Brief an den König vom 6. Juni 1318 aufgenommen hat, es ist das der von mir als Form III bezeichnete Transsumpt. Ein besonderer Abdruck dieses Briefes war deshalb nicht nöthig, aber er musste doch als Regest in der chronologischen Reihe verzeichnet werden. Da fehlt er aber, unter dem 6. Juni 1318 hat Fournier als Nr. 52 ein Schreiben des Königs, dieses päpstliche fehlt.

liege. Abgesehen von Abweichungen, die sich durch stillschweigende Correctur erklären lassen, wie p. 46[1] Z. 8 v. u. presentatas für presentatis in III. oder als Druckfehler wie die oben erwähnten nota statt vota oder p. 46[2] Z. 5 que predecessoribus statt que a predecessoribus finden sich Abweichungen, die sich ohne eine andere Vorlage nicht wohl erklären lassen. So p. 46[1] Z. 4 v. u. seriatim statt III. tenaciter, Z. 2 v. u. nimirum (wie II) statt III. injuriarum, p. 46[2] Z. 1 das erwähnte latibus statt laboribus, Z. 13 tantum statt III. tamen, Z. 19 singulorum statt singularium, Z. 21 Universitate statt III. voluntate (Fehler), Z. 25 attemptaret statt III. attemptassent, Z. 26 doctor vel rector statt III. rector seu doctor, Z. 31. 32 tangentibus statt III. contingentibus, Z. 34 obstantibus statt III. obstante, Z. 37 forsitan statt III. forsitan editis. Z. 40 subtrahendis statt III. extrahendis, Z. 42 ratione statt III. occasione, Z. 43. 44 de causis statt III. decanis (falls diese Abweichung nicht wie oben versucht wurde als Druckfehler zu fassen ist), p. 47[1] Z. 3 incurrat statt III. incurreret, Z. 6 opportunius statt III. opportunis, Z. 7 inclines statt III. inclineris, Z. 11 latitudinem statt III. beatitudinem, Z. 11 ratione statt III. romane, Z. 12 romane das III. fehlt, Z. 13 adhibere statt III. ad clare memorie, Z. 18 curantes statt III. curarunt, Z. 21 servant statt III. fuerunt, Z. 22 quantam incommoditatem statt quantum incommoditatis.

In den Fällen, wo I. und II. von III. abweichen, steht Fourniers Text meist, aber nicht immer III. näher, was sich aber auch erklärt, wenn nicht III. sondern eins der zur Gruppe III (Transsumpt) gehörenden französischen Mss. als Vorlage diente. Leider fehlt mir Le Maire, um zu vergleichen wie sich Fournier zu dessen Text verhält — aber wie dem auch sei, es ist zweifellos, dass hier der Druck von Fournier das wissenschaftliche Bedürfniss nicht befriedigt.

Und wie steht es mit Denifle? Er will keine Ausgabe geben und es gereicht ihm nicht zum Vorwurf, dass er nicht den vollständigen Apparat mittheilt. Dagegen durfte der Verweis auf den Druck und die Vergleichung der drei ihm vorliegenden, an einer Stelle (III. rector seu doctor I. und II. rector seu decanus) sachlich abweichenden Texte der Vaticanischen Register nicht fehlen. Diese Abweichung wenigstens musste hervorgehoben werden. Schlimmer jedoch ist, dass Denifle aus dem Satze, welcher von der academischen Gerichtsbarkeit oder vielmehr von dem Verfahren in Streitsachen zwischen Scholaren und Bürgern handelt, quod universitas ipsa, rector doctores aut scolares illius de factis singularium scolarium et doctorum universitatis nomine se nullatenus intromittant nec factum persone singularis alicujus de universitate jam dicta tamquam universitas prosequantur, nisi doctor vel scolaris c o n t r a c i v e m A u r e l i a n e n s e m v e l c i v i s contra doctorem aut scolarem actionem civilem vel criminalem forsitan intentarent die Worte contra civem Aurelianensem vel civis weggelassen hat. Von so störendem Fehler ist Fournier frei, aber da sein Druck nicht auf Vergleichung der verschiedenen Formen der Ueberlieferung beruht, so genügt derselbe nicht, um festzustellen, ob jene Stelle nicht etwa in

den von Denifle benutzten Mss. also in den oben als I. und II. bezeichneten Reg. Vatic. vol. 109 ep. 817 und vol. 110 ep. 233 fehle. Die vor mir liegende Collation stellt fest, dass beide Mss. die Worte haben, ebenso auch III (Reg. Vat. 110 ep. 616).

Doch genug der kritischen Bemerkungen, sie sollen nur meinen Wunsch begründen, dass es dem Verfasser gelingen möge, eine genügende Anzahl von Gehülfen und Mitarbeitern zu gewinnen, um die Massen des Stoffes zu bewältigen, unter denen der Einzelne nothwendig erliegen muss. Eine grosse Förderung der Wissenschaft, eine ungemeine Erleichterung der Forschung bietet dieser Band jedenfalls, aber mit der nöthigen Hülfe kann der gelehrte Verfasser uns weit mehr bieten und dann erst auch die Befriedigung von seiner Arbeit haben, die der beste Lohn unserer Mühe ist.

Münster i. W. G. Kaufmann.

In der Zeit, die zwischen der Niederschrift und dem Druck dieser Besprechung liegt, ist nun auch T. II erschienen und, wie ich soeben erfahre, auch tome III, mit dem das ganze Werk abgeschlossen ist. Ferner ist auch die oben erwähnte Preisschrift Fourniers erschienen und zwar als (zuerst ausgegebener) t. III einer Histoire de la science du droit en France, welcher den besonderen Titel führt: Les universités françaises et l'ensignement du droit en France au Moyen-Age. Ueber diese werde ich demnächst berichten.

Breslau. G. Kaufmann.



Von der Savigny-Stiftung.

Die K. bayerische Akademie der Wissenschaften, welcher vom Curatorium der Savigny-Stiftung zu Berlin die Verfügung über eine Jahresrente genannter Stiftung übertragen ist, stellt folgende Preisaufgabe:

„Revision der gemeinrechtlichen Lehre
vom Gewohnheitsrecht."

Die Preisbewerbung, von welcher nur die einheimischen ordentlichen Mitglieder der k. bayerischen Akademie der Wissenschaften ausgeschlossen sind, ist an keine Nationalität gebunden, doch dürfen die Bearbeitungen der Preisaufgabe nur in lateinischer oder deutscher oder englischer oder französischer oder italienischer Sprache verfasst sein.

Der unerstreckliche Einsendungstermin der Bearbeitungen, welche an die k. bayerische Akademie der Wissenschaften zu München zu adressiren sind und an Stelle des Namens des Verfassers ein Motto tragen müssen, welches an der Aussenseite eines mitfolgenden, den Namen des Verfassers enthaltenden verschlossenen Couverts wiederkehrt, ist der 1. August 1894.

Der Preis beträgt 4000 Mark; derselbe wird erst dann ausbezahlt, wenn die Veröffentlichung der Preisschrift durch den Druck bewirkt ist.

München, den 15. Juli 1891.

Die Königlich Bayerische Akademie der Wissenschaften.

Preisaufgaben der Rubenow-Stiftung.

1. Geschichte der öffentlichen Meinung in Preussen und speciell in Berlin während der Jahre 1795—1806.

Es wird verlangt, eine auf eindringendem Quellenstudium beruhende methodische Bearbeitung der Aeusserungen der gebildeten Kreise über die äussere und innere Politik des Staates, soweit solche

in Zeitungen, Pamphleten, Druckschriften aller Art zu Tage getreten sind. Die Darstellung hat an geeigneten Punkten die Einwirkung jener Aeusserungen sowohl auf die massgebenden Persönlichkeiten wie auf die Volksstimmung zu würdigen. Erwünscht wäre ein tieferer Einblick in die etwaigen persönlichen Motive hervorragender Wortführer.

2. Die Entwickelung des deutschen Kirchenstaatsrechts im 16. Jahrhundert.

Erwartet wird eine ausführliche, auch in die Sondergeschichte wenigstens einzelner wichtigerer Territorien und Städte eingehende, möglichst auf selbständiger Quellenforschung beruhende Darlegung der dem Reformations-Jahrhundert charakteristischen kirchenstaatsrechtlichen Grundsätze und Verhältnisse. Insbesondere erscheint erwünscht eine gründliche Prüfung der Rechtsstellung der staatlichen Gewalten zur Kirche unmittelbar vor dem Auftreten der Reformatoren, sowie der Einwirkung einerseits der vorreformatorischen kirchenpolitischen Literatur auf die reformatorische Bewegung, andererseits der reformatorischen Anschauungen selbst auf die Gesetzgebung und Praxis, nicht nur der protestantischen, sondern auch der katholischen Fürsten und Stände.

Dem Ermessen des Verfassers bleibt überlassen, ob und wieweit er seine Arbeit auf Deutschland beschränken oder auch ausserdeutsche Staaten in den Bereich seiner Darstellung ziehen will; ebenso die Bestimmung des Endpunktes der darzustellenden historischen Entwickelung und die definitive Formulirung des Titels.

3. Es sollen die Geschichtswerke des Thomas Kantzow kritisch untersucht und es soll auf Grund der Untersuchung eine kritische Textausgabe der beiden hochdeutschen Bearbeitungen der Pommerschen Chronik hergestellt werden.

Wenngleich die niederdeutsche Chronik von der Edition ausgeschlossen wird, ist doch selbstverständlich das Verhältniss derselben zu der hochdeutschen Recension in der Voruntersuchung gründlich darzulegen, und es ist womöglich auch das Verhältniss der sogenannten Pomerania zu Kantzows Werken festzustellen. Dem Befinden des Bearbeiters bleibt es überlassen, ob er den Text der beiden in Rede stehenden Recensionen vergleichend zusammenstellen oder jeden für sich gesondert wiedergeben will.

4. Entwickelung der Landwirthschaft in Preussen nach der Bauernbefreiung.

Es sind die technischen Folgen der verschiedenen Massregeln der Bauernbefreiung von 1811—1857, insbesondere der veränderten Grundbesitzvertheilung, für die landwirthschaftliche Production der in Betracht kommenden älteren Theile Preussens eingehend zu untersuchen

und dabei namentlich die Wirkungen für die bäuerlichen Wirthschaften einerseits und für die grossen Güter andererseits auseinanderzuhalten. Die vorhergegangene Entwickelung auf den Domänen soll wenigstens einleitungsweise behandelt und die ganze Untersuchung zeitlich so weit ausgedehnt werden, dass auch die Wirkungen der letzten Massregeln von 1850—1857 erkenntlich werden — also ungefähr bis zum Ende der sechsziger Jahre, bis zum Beginne der modernen Agrarkrisis. Die Lehren, welche sich für leztere etwa aus der betrachteten Entwickelung ergeben, würden dann den naturgemässen Schluss bilden. Es soll dem Bearbeiter jedoch gestattet sein, sich eventuell in der Hauptsache auf die Provinz Pommern zu beschränken.

Die Bewerbungsschriften sind in deutscher Sprache abzufassen. Sie dürfen den Namen des Verfassers nicht enthalten, sondern sind mit einem Wahlspruche zu versehen. Der Name des Verfassers ist in einem versiegelten Zettel zu verzeichnen, der aussen denselben Wahlspruch trägt.

Die Einsendung der Bewerbungsschriften muss spätestens bis zum 1. März 1896 geschehen. Die Zuerkennung der Preise erfolgt am 17. Octbr. 1896.

Als Preis für die drei ersten Aufgaben haben wir je 2000 Mark, für die vierte 1000 Mark ausgeworfen.

Greifswald, im December 1891.

Rector und Senat hiesiger Königlicher Universität.
Zimmer.

REGISTER

ÜBER

DEN ROMANISTISCHEN INHALT

DER

ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

N. F. BAND I—XII.

Register

über den romanistischen Inhalt der Zeitschrift für Rechtsgeschichte N. F. Band I—XII.

I. Abhandlungen, Quellenpublicationen und Miscellen.

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

I.

K.

M.

N.

O.

P.



R.

S.

II. Angezeigte Werke.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

J.

K.

L.

M.



JL
10-98

